

A REABERTURA DO INQUÉRITO (OU A PROIBIÇÃO RELATIVA DE REPETIÇÃO DA AÇÃO PENAL)*

Tiago Geraldo**

Do I dare
Disturb the universe?
In a minute there is time
For decisions and revisions which a minute will reverse.

T. S. ELIOT, *The Love Song of J. Alfred Prufrock*

ABSTRACT: *Under Portuguese Law, an acquittal which has come into force may be quashed and the criminal proceedings re-opened in view of new evidence that challenges the grounds relied on to close the case without filing a charge. The present article provides an overall analysis of the legal framework regulating the re-opening of criminal proceedings, debating, in particular, the value and effectiveness of the decision to close a case, the extent and consequences of the ne bis in idem principle in such context, the concept of new evidence required to re-open proceedings and the general restraints of this institute.*

SUMÁRIO: Introdução. I. Objeto e valor do arquivamento. § 1. Objeto do processo arquivado. § 2. Valor do despacho de arquivamento. § 2.1. Breve excursão histórico. § 2.2. Elementos comparatísticos. § 2.3. A solução consagrada no CPP de 1987. § 3. O *ne bis in idem* aplicado ao exercício da ação penal e à decisão final do inquérito. II. Limites gerais da reabertura do inquérito. § 4. O recurso de revisão enquanto *lugar inverso*. § 5. Corolários da distinção entre arquivamento de mérito e arquivamento por falta de prova. § 6. Irrepetibilidade e preclusão. § 7. Impulso processual. III. A prova idónea. § 8. Delimitação negativa. § 9. Novidade da prova e modo de aferi-la; formulação

* O texto ora publicado (adaptado, para cumprimento de normas editoriais, ao Novo Acordo Ortográfico) corresponde, no essencial, ao relatório de mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no ano letivo de 2011/2012, à disciplina de Direito Processual Penal, sob a regência do Senhor Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes.

** Advogado na *Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados*.

de um critério geral. § 10. Valor probatório reforçado. § 11. Concretização do critério adotado. § 11.1. Prova testemunhal. § 11.2. Declarações de arguido. A confissão. § 11.3. Acareação, reconhecimento e reconstituição. § 11.4. Prova pericial. § 11.5. Prova documental. § 11.6. Provas atípicas e provas proibidas. § 11.7. Meios de obtenção da prova. § 12. Meios de reação contra a reabertura do inquérito. Conclusões.

INTRODUÇÃO

Qualquer atividade investigatória pressupõe uma conclusão e é orientada no sentido de a alcançar. Assim é na investigação realizada nos campos da Ciência, da Filosofia, da História, e é também assim no domínio da investigação criminal: perante a notícia de um crime, ou do que se considera preliminarmente poder qualificar-se como crime, a investigação a realizar pelas autoridades competentes tem por finalidade apurar ou, melhor dizendo, chegar a uma conclusão sobre a existência de indícios que possam justificar a submissão do caso a julgamento e fundamentar uma eventual condenação.

No processo penal português, essa competência é do Ministério Público (MP): encerrada a investigação, e com base nos elementos aí recolhidos, cabe-lhe *concluir* se a ação penal deve ou não prosseguir.

A ação penal não prosseguirá, sendo o processo arquivado, quando o MP conclua, suportado em *prova bastante*, pela ausência de responsabilidade penal ou pela inadmissibilidade do procedimento (*cf.* artigo 277.º, n.º 1, do Código de Processo Penal [CPP]), o mesmo sucedendo quando não tiverem sido reunidos indícios suficientes da prática do crime ou de quem foram os seus agentes (*cf.* artigo 277.º, n.º 2, do CPP).

Porém, por via do disposto no artigo 279.º, n.º 1, do CPP, expirado o prazo previsto para a intervenção hierárquica, o inquérito, já depois de arquivado, pode ser reaberto, renovando-se a ação penal, caso surjam *novos elementos de prova* que invalidem os fundamentos invocados pelo MP no despacho de arquivamento¹.

1 Ressalvadas as devidas particularidades e feitas as necessárias adaptações, o regime de reabertura do inquérito previsto no CPP assumirá igualmente relevância no âmbito de outros processos de natureza sancionatória que compreendam uma fase de investigação a cargo de uma entidade (idealmente) orientada pelos princípios da independência, legalidade e objetividade. Esse o caso, nomeadamente, dos processos de contraordenação, quer os tramitados em conformidade com o respetivo regime geral (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, sucessivamente alterado), quer os que são regulados pelos regimes especiais vigentes entre nós (*v.g.* os regimes processuais plasmados nos artigos 13.º e ss. do Novo Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e nos artigos 4.º e ss. do Regime Sancionatório do Sector Energético, aprovado pela Lei n.º 9/2013, de 28 de janeiro).

Numa análise menos crítica, o regime desenhado pelo legislador poderá parecer claro e evidente, tornando isenta de dificuldades a atividade concretizadora do intérprete – e será porventura essa a razão que explica por que, salvo raras exceções, pouco se tenha cuidado entre nós de tratar da reabertura do inquérito, tema que elegemos como objeto de investigação.

No entanto, na sua aparente simplicidade, as normas adjetivas que legitimam a *repetição* da ação penal, encerrando em si um potencial momento de tensão entre os direitos do arguido e o interesse público na repressão da criminalidade, deixam entrever um conjunto de questões controversas que, revestindo inegável relevância teórica e prática, reclamam do intérprete, não apenas um esforço exegético, mas sobretudo uma rigorosa apreensão dos fundamentos do sistema processual penal à luz dos quais se deve, a nosso ver, procurar justificar e compreender o regime de reabertura do inquérito.

Assim, no plano em que nos pretendemos colocar, questão controversa será, desde logo, a de saber qual é, ou deve ser, o valor do despacho de arquivamento, e se esse valor difere consoante os fundamentos invocados pelo MP na decisão de arquivar. Relacionado com esta questão está o problema do sentido e extensão da *paz jurídica* que o arguido deve (ou não) beneficiar depois de o MP decidir arquivar o inquérito. Neste particular, suscitam-se igualmente dúvidas em torno do sentido da expressão “*novos elementos de prova*” utilizada pelo legislador no artigo 279.º, n.º 1, do CPP, sendo ainda problemático definir que concretos meios de prova serão idóneos a desencadear a reabertura do inquérito.

O presente estudo tem por finalidade analisar as questões acima enunciadas (entre outras que com elas possam estar relacionadas), promovendo uma análise global do regime plasmado no artigo 279.º do CPP que permita responder, no fim deste trabalho, à pergunta que resume, no essencial, o que aqui nos propomos tratar: em que casos e condições pode, *recte*, deve poder ser reaberto o inquérito?

Com a finalidade identificada, começaremos, no Capítulo I, por tentar fixar o objeto e o valor do despacho de arquivamento.

De seguida, no Capítulo II, empreenderemos uma análise dos limites e requisitos de admissibilidade da reabertura do inquérito, procurando, entre o mais, formular um critério geral de novidade da prova, o qual será depois aplicado e testado perante constelações de casos concretos. Esse o objeto do Capítulo III.

A final, serão retomados alguns dos pontos de apoio e argumentos que orientaram esta nossa investigação, e enunciadas, sinteticamente, as suas conclusões mais importantes.

I. OBJETO E VALOR DO ARQUIVAMENTO

§ 1. Objeto do processo arquivado

Um processo penal dotado de estrutura acusatória exige, na formulação de Castanheira Neves, identidade entre o *acusado*, o *conhecido* e o *decidido*². Por essa razão, impõe-se que o objeto do processo seja fixado, nos seus limites máximos, antes da fase de julgamento, ficando o tribunal a eles (tematicamente) vinculado no seu poder de cognição.

A generalidade da doutrina costuma apontar dois momentos processuais de fixação do objeto do processo: a acusação (do MP, no caso de crimes públicos e semipúblicos, e do assistente, no caso de crimes particulares) e o requerimento para abertura da instrução, quando apresentado pelo assistente³.

Estes dois momentos pressupõem um processo que chega à sua fase jurisdicional⁴. Nessa medida, admitir que apenas nesses casos há fixação do objeto do processo implica ao mesmo tempo reconhecer que, caso o processo culmine ainda na fase de inquérito – o que sucederá caso seja arquivado –, não chega sequer a haver objeto do processo.

Pese embora a questão seja controversa, não é esse o nosso entendimento. Defendemos, pelo contrário, a necessidade de se reconhecer a existência de um objeto do processo mesmo que este não alcance a fase jurisdicional, como acontece na hipótese de arquivamento.

Desde logo, se quer a acusação, quer o arquivamento, são resultados do exercício de um mesmo poder – o da ação penal –, então têm de se caracterizar pelo mesmo efeito de vinculação (ou de autovinculação) do MP⁵. Neste sentido, a prolação de um despacho de arquivamento acaba também por gerar,

2 Cf. Castanheira Neves, 1968: 196. No mesmo sentido, Figueiredo Dias, 1974: 144-145.

3 Representando o entendimento tradicional – e largamente maioritário – em matéria de fixação do objeto do processo penal, cf., entre outros, Tenreiro, 1987: 997-1044, Ferreira, 1991: 221-239, Isasca, 1995: 53-59, Dantas, 1995: 89-107, *idem*, 1997: 111-124, Barroso, 2003 e Sousa Mendes, 2009: 757.

4 A este propósito, são elucidativas as palavras de Damião da Cunha, 2009: 554, no sentido de que “*toda a conceção sobre o objeto do processo parece estar pensada para a ‘cabeça de um juiz’*”.

5 A questão dos efeitos associados ao despacho de arquivamento, em função do valor que lhe deva ser atribuído, constitui o núcleo do ponto § 2 deste trabalho.

necessariamente, a definição de um *objeto*, de um *tema* de arquivamento, que inclui, quer o *thema decidendum* (os factos do inquérito arquivado), quer o *thema probandum* (as provas do inquérito arquivado)⁶.

É essa, de resto, a direção para a qual a lei parece apontar: as limitações decorrentes do regime de reabertura do inquérito previsto no artigo 279.º do CPP só valerão, em concreto, para um (novo) inquérito relativo a um determinado *conjunto de factos*, fixado como tal no despacho de arquivamento, o que naturalmente pressupõe a fixação prévia de um *objeto do processo*.

De contrário, o próprio regime de reabertura do inquérito tornar-se-ia inoperante. Com efeito, não sendo reconhecida a existência de um *objeto do processo arquivado*, o MP poderia reabrir o inquérito arbitrariamente, sem ter de cuidar pela observância dos requisitos previstos no artigo 279.º do CPP. Efetivamente, não havendo um *tema de arquivamento*, nada impediria o MP de prosseguir a ação penal quanto a factos pelos quais acusou o arguido e, do mesmo passo, iniciar um (novo) processo autónomo relativamente aos factos que, tendo sido investigados, não foram levados à acusação.

Donde, considerando as exigências de efetividade do próprio sistema, e em particular o regime de reabertura do inquérito, não pode deixar de reconhecer-se que o *objeto do processo* é fixado também nos casos de arquivamento⁷.

§ 2. Valor do despacho de arquivamento

§ 2.1. Breve excursus histórico

Como referimos no início deste trabalho, a interpretação do regime de reabertura do inquérito está condicionada, em termos decisivos, pela determinação prévia do valor do despacho de arquivamento. Começamos por recordar a evolução da lei processual penal portuguesa sobre esta matéria.

Na vigência do CPP de 1929, e de acordo com o regime plasmado nos seus artigos 341.º e ss., o MP podia deduzir acusação ou, em alternativa, requerer ao juiz de instrução o arquivamento do processo ou que este ficasse a aguardar produção de prova adicional. Sendo da competência de um juiz, a decisão de

6 Damião da Cunha, 2009: 566, defende igualmente a existência de um *thema decidendum* e de um *thema probandum* indistintamente para qualquer decisão de termo do processo. Com maior desenvolvimento, veja-se ainda, do mesmo Autor, 2002: 160.

7 Em sentido próximo, Damião da Cunha, 2009: 570-571: "[...] no essencial, é na fase de inquérito que se discute, em termos hipotéticos, a juridicidade criminal de uma determinada situação de facto. A decisão final (arquivamento ou acusação) constitui, neste sentido, um 'apuramento' e uma concretização de uma problemática jurídica [...]. Ora, é fácil concluir que o inquérito, por tudo quanto se disse, tem também um 'objecto de discussão'".

arquivamento era suscetível de recurso (nos termos dos artigos 645.º e 646.º do CPP de 1929) e beneficiava do valor de caso julgado, que só podia ser atacado através de recurso de revisão. Já no caso de deferimento, pelo juiz de instrução, do requerimento do MP no sentido de o processo ficar a aguardar produção de *melhor prova*, a eficácia do caso julgado da decisão de abstenção de acusar ficaria condicionada à cláusula *rebus sic standibus*, podendo ceder em resultado da descoberta dessa prova adicional⁸.

Posteriormente, com o advento do Decreto-Lei n.º 35.007, de 13 de outubro de 1945, encerrou-se a era de domínio do processo inquisitório no sistema processual penal português. Neste contexto, de harmonia com a matriz acusatória então adotada, o MP passou de mero *promotor* para verdadeiro *executor* da ação penal⁹, sendo-lhe outorgada, com independência de decisão judicial, competência exclusiva para a decisão de *abstenção de acusar*, quer na hipótese de se constatar que não fora cometido crime algum (*cf.* artigo 25.º do citado Decreto-Lei), quer nos casos de falta de prova (*cf.* artigo 26.º do mesmo diploma).

Os efeitos dessas decisões eram regulados pelo artigo 29.º do mesmo Decreto-Lei, nos termos do qual “[n]ão havendo acusação do Ministério Público nem dos assistentes, serão os autos arquivados ou ficarão a aguardar melhor prova, independentemente de decisão judicial”, acrescentando-se no § único deste preceito que “[o] arquivamento só será definitivo depois de decorridos trinta dias sobre a comunicação ao Procurador da República nos termos do artigo 23.º”.

Embora à data dominasse, entre a jurisprudência e a magistratura do MP, a tese segundo a qual as decisões do MP, como o arquivamento, não assumiam natureza jurisdicional, mas meramente administrativa, podendo ser revogadas a todo o tempo¹⁰, a doutrina mais prestigiada dessa época defendia exatamente o contrário.

Eduardo Correia, por exemplo, invocava a circunstância de a decisão de arquivamento ter pertencido historicamente a um juiz para sustentar que, ao

8 Sobre o regime do arquivamento no CPP de 1929, veja-se a síntese proveitosa de Figueiredo Dias, 1974: 406-416.

9 A expressão é de Cavaleiro de Ferreira, 1986: 43.

10 Para uma resenha dos principais argumentos então utilizados pela magistratura do MP, veja-se Castro e Sousa, 1985: 258. *Cf.* também, como expressão desse mesmo entendimento, Fernandes Afonso, 1954: 153-166. Pode consultar-se, para um enquadramento da polémica, relacionada com aquela outra, que grassou na doutrina ainda a propósito do controlo judicial dos despachos de abstenção de acusação do MP, a partir da CRP de 1976 até ao CPP de 1987, Maximiano, 1981a: 103-157 e 1981b: 91-130.

transferir essa competência decisória para o MP, o legislador não teria desejado retirar-lhe os efeitos preclusivos que antes lhe eram reconhecidos, pelo que devia (continuar a) atribuir-se ao arquivamento determinado pelo MP valor idêntico ao que se atribuía à não pronúncia decidida por um juiz¹¹. De acordo com este Autor, a eficácia do caso julgado estaria fundamentalmente ligada, não à autoridade de quem emana o ato (juiz ou MP), mas “antes à natureza da atividade estadual, razão por que muitos actos administrativos deveriam materialmente equiparar-se às sentenças, realizando, nesta medida, uma verdadeira função jurisdicional e sendo-lhe aplicáveis as regras do caso julgado”¹².

Castanheira Neves¹³ e Figueiredo Dias¹⁴ perfilhavam idêntico entendimento. Este último Autor traçava uma distinção entre o arquivamento e o deixar-se o processo a aguardar a produção de melhor prova, atribuindo à primeira decisão – arquivamento determinado pelo MP – a mesma natureza substancial que o arquivamento antes decidido por um juiz e, conseqüentemente, o mesmo valor e eficácia (ou seja, a produção de caso julgado), posição que fundamentava por entender ser inadmissível perturbar o arguido “tantas vezes quantas se queira e por quanto tempo se queira, com uma nova instrução preparatória baseada nos mesmos factos”¹⁵.

§ 2.2. Elementos comparatísticos

O reconhecimento de força de caso julgado ao despacho de arquivamento (ou, pelo menos, a algumas modalidades desta figura) constitui, como salienta alguma doutrina¹⁶, uma especificidade quase exclusivamente portuguesa, que se afasta, neste ponto, de soluções consagradas no direito estrangeiro, em que o arquivamento compete a um juiz (como sucede, por exemplo, em Itália¹⁷), ou então, sendo também da competência do MP, como sucede no Direito

11 Correia, 1966-67: 49.

12 Correia, 1966-67: 50.

13 Castanheira Neves: 159-160.

14 Figueiredo Dias, 1974: 409-416.

15 Figueiredo Dias, 1974: 415.

16 Damião da Cunha, 2002: 160, nota n.º 170.

17 Ainda assim, a doutrina italiana sustenta, praticamente de forma unânime, e quase sempre com base numa argumentação formalista, que os efeitos do despacho de arquivamento não são reconduzíveis ao caso julgado: cf., por todos, Giostra, 1994: 91-98 e Scarpello, 2002: 137-143.

alemão¹⁸, em que o arquivamento se considera sujeito, qualquer que seja o seu fundamento, à cláusula *rebus sin stantibus*, sendo materialmente assimilado a uma mera suspensão da atividade instrutória, sem carácter definitivo.

Merecedor de referência particular, pela sua originalidade, é o Direito austríaco, no âmbito do qual, por referência ao § 363 do respetivo Código de Processo Penal, se pode concluir que, não obstante o arquivamento não produzir, por via de regra, efeito de caso julgado, já o produzirá quando, no inquérito primitivo, tenha havido constituição de arguido, tendo este, enquanto tal, sido interrogado, detido ou preso preventivamente¹⁹.

Para além da mencionada originalidade, a solução austríaca tem, quanto a nós, o mérito de deixar claro – e retomaremos esta ideia adiante – que o que justifica a tendencial definitividade do arquivamento é a proteção da *paz jurídica* daquele que já foi coartado no seu âmbito de liberdade por conta de um processo anterior (que veio a redundar na decisão de arquivar)²⁰.

§ 2.3. A solução consagrada no CPP de 1987

No contexto do atual CPP, que, ao contrário do CPP de 1929, deixou de regular em termos gerais o instituto do caso julgado²¹, a resposta à questão do valor do despacho de arquivamento, não sendo clara, há-de resultar, num primeiro momento, do confronto do artigo 277.º, n.ºs 1 e 2, do CPP com o regime plasmado no artigo 279.º, que consagra a possibilidade de se reabrir o inquérito.

18 Rege nesta matéria o § 174 (2) do *Strafprozeßordnung* (StPO), nos termos do qual, depois do arquivamento, poderá ser deduzida acusação pública caso surjam novos factos ou novas provas. Nas palavras de Eberhard Schmidt, citado por Correia, 1966-67: 66, nota n.º 1, “em certo sentido, a abstenção [de acusar] do M. P. é sempre provisória”. Para uma perspetiva geral sobre o estatuto do MP na Alemanha e o valor das suas decisões, veja-se, também de Schmidt, 1957: 62-63, e ainda Colomer, 1985: 71-79.

19 É evidente a proximidade da solução austríaca com o que vem propor, para o Direito português, Damião da Cunha, 2002: 486 e *idem*, 2009: 572. De acordo com este Autor, o princípio *ne bis in idem* – de que falaremos detidamente no ponto § 3 –, corretamente entendido, implica que ninguém possa ser constituído duas vezes arguido quanto a um mesmo conjunto de factos, pelo que, tendo havido lugar à constituição de arguido no inquérito, este não poderia ser reaberto depois de arquivado.

20 Também assim Correia, 1966-67: 66, nota n.º 1, e Figueiredo Dias, 1974: 415-416.

21 Com efeito, excetuando o artigo 219.º, n.º 2, que exclui a existência de uma relação de litispêndia ou de caso julgado entre o recurso de medidas de coação e a providência de *habeas corpus* (e em que a noção de caso julgado parece ter sido utilizada com um propósito meramente clarificador, sem daí se poder retirar uma vinculação clara do processo penal a esse instituto), o atual CPP só se refere à eficácia de caso julgado a propósito das sentenças penais que conhecem de pedidos de indemnização civil (cf. artigo 84.º). É mais um argumento, portanto, no sentido de que o legislador pretendeu afastar este instituto, de matriz civilística, da órbita do processo penal.

Neste contexto, cabe referir, desde logo, que a mera existência do artigo 279.º do CPP evidencia que o nosso legislador rejeita – como rejeitou no passado – que o arquivamento produza apenas um efeito análogo ao da absolvição da instância²².

Para além deste aspeto, há ainda a realçar que os limites e os requisitos da reabertura do inquérito (que analisaremos em detalhe no Capítulo III) são, em nossa opinião, suficientemente objetivos – pressuposta, claro está, a sua correta interpretação – para concluir que o MP não é livre de renovar a ação penal *ad aeternum* até finalmente entender que foi feita *justiça*.

No mesmo sentido, não será também certamente despicienda – constituindo, pelo contrário, uma opção consciente do legislador que não pode deixar de ser devidamente valorada – a circunstância de o CPP de 1987 ter mantido a distinção, já constante do CPP de 1929, entre arquivamento por razões de mérito e arquivamento por falta de prova (*cf.* artigo 277.º, n.ºs 1 e 2, do CPP).

Finalmente, importa ter presente que a lei, para efeitos de recurso de revisão, equipara expressamente à sentença o despacho que tiver posto fim ao processo (*cf.* artigo 449.º, n.º 2, do CPP), como é o caso do arquivamento.

Em face do exposto, a ideia, acima afluída, de que o arquivamento, tal como a acusação, implica necessariamente, pela sua própria natureza, uma vinculação do MP a um juízo sobre um determinado conjunto de factos, parece também encontrar amparo no atual CPP.

Sem embargo, o problema da força jurídica do despacho de arquivamento não se resolve, a nosso ver, através da mera exegese dos preceitos legais que se ocupam da regulação desta matéria. Como deixámos antever logo na Introdução, cremos que a definição dos efeitos associados ao despacho de arquivamento dependerá sempre, em última instância, da própria conceção de processo adotada e do valor que se entenda dever ser atribuído à estabilidade, segurança e *paz jurídica* do cidadão que foi objeto de uma investigação criminal. Essa a perspetiva de que se partirá no ponto seguinte.

§ 3. O *ne bis in idem* aplicado ao exercício da ação penal e à decisão final do inquérito

Retratada sumariamente a evolução legislativa portuguesa em matéria de arquivamento, referidas algumas soluções de Direito estrangeiro e identificadas as principais coordenadas em que assenta o respetivo regime no atual CPP,

²² Partilha este entendimento Damião da Cunha, 2002: 162, nota n.º 172.

é chegado o momento de enfrentar a interrogação fundamental que aqui se coloca: deve ou não ser reconhecida força de caso julgado (ou efeito análogo a este) ao despacho de arquivamento proferido pelo MP?

A doutrina, como quase sempre acontece em temas de tão grande sensibilidade, encontra-se dividida, sendo o valor de caso julgado (ou decidido) reconhecido por alguns Autores²³ e rejeitado por outros tantos²⁴, muitas vezes com base em diferente argumentação.

Tomando partido nesta querela doutrinária, a razão, a nosso ver, está com os primeiros, ou seja, com aqueles que, na linha de Eduardo Correia, Castanheira Neves e Figueiredo Dias, entendem que, depois do arquivamento, é ilegítimo e inaceitável que a lei possa permitir a pendência *ad eternum* de uma espécie de *espada de Dâmoçles* sobre o arguido, consistente na hipótese (inarredável) de reiteração da ação penal e eventual acusação com base nos mesmos factos que, num primeiro momento, conduziram ao arquivamento.

23 Aos já mencionados Correia, 1966-67, Castanheira Neves, 1968: 159-160, e Figueiredo Dias, 1974: 409-416, podem acrescentar-se Barreiros, 1981: 337, Castro e Sousa, 1985: 259 e, já na vigência do atual CPP, Souto de Moura, 1991a: 43, Pimenta, 1991: 611, Simas Santos & Leal Henriques, 2008: 105 e, embora sem referência expressa à ideia de caso julgado (mas antes ao princípio *ne bis in idem*), Damião da Cunha, 2009: 558 e, *idem*, 2002: 170-171, nota n.º 170. Ainda que em termos não totalmente coincidentes com o entendimento expresso no presente trabalho, Pinto de Albuquerque, 2011: 751 reconhece que o despacho final do inquérito – incluindo, portanto, o arquivamento – tem força de “*caso decidido*” (embora, de modo contraditório, o mesmo Autor, *ibidem*, p. 752, acabe por dizer que nos casos de arquivamento proferido nos termos do artigo 277.º do CPP não existe qualquer confiança que mereça tutela por parte dos sujeitos processuais no carácter definitivo dessa decisão). No sentido de que o arquivamento produz caso decidido pronunciou-se também alguma jurisprudência, designadamente o Tribunal da Relação de Évora (TRE) no seu acórdão de 16 de dezembro de 2008, publicado na *Colectânea de Jurisprudência*, XXXIII, 5, pp. 269-272, e o Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) no seu acórdão de 17 de março de 2010, publicado na *Colectânea de Jurisprudência*, XXXV, 2, pp. 146-150.

24 É esse o entendimento, por exemplo, de Marques da Silva, 2000: 123, que afirma que o atual CPP veio aceitar “o carácter não preclusivo do despacho de arquivamento pelo M.ºP.º em qualquer das hipóteses de arquivamento previstas no art.º 277.º”. No mesmo sentido, Miranda Rodrigues, 1991: 76, segundo a qual “o despacho de arquivamento [...] nunca terá a força de caso julgado que o torna definitivo”. Na mesma linha de entendimento, dizia Cavaleiro de Ferreira, 1986: 200, que “o Ministério Público não julga. Julgar é mesmo, etimologicamente, ação ou função do juiz (judez-judicare) e só a decisão judicial é suscetível de trânsito em julgado”, de constituir “caso julgado”. Por seu turno, Sousa Mendes, 2000: 109-111, nota n.º 15, ainda que enaltecendo a natureza “*saudavelmente dualista*” da anterior lei processual penal (CPP de 1929) quanto ao regime da abstenção de acusar (o mesmo é dizer: arquivar) do MP, acaba por afirmar que, no contexto do atual CPP, “é mais difícil defender a antiga doutrina que via no arquivamento negador da responsabilidade do arguido (*mutatis mutandis*, actual artigo 277.º, n.º 1, do CPP), um arquivamento definitivo [...]”. Na jurisprudência, subscrevendo a mesma posição, podem indicar-se o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 14 de março de 2007 (Proc. n.º 06S1957), disponível em www.dgsi.pt [consultado em: 21.05.2013], e o acórdão do Tribunal da Relação do Porto (TRP) de 3 de julho de 2003, publicado na *Colectânea de Jurisprudência*, 2003, IV, p. 203.

Esteamos, portanto, esta nossa conclusão na ideia geral – que reclama, evidentemente, concretização – de que o arguido deve gozar de *paz jurídica* depois de o inquérito ter sido arquivado²⁵.

O caso julgado é, como se sabe, o instituto de defesa por excelência da *paz jurídica* do cidadão que foi objeto de perseguição penal²⁶. Porém, na medida em que a referência à noção de caso julgado tende a obnubilar os dados do problema, seja porque não há, no atual CPP – e ao contrário do que sucedia no CPP de 1929 – uma regulação geral deste instituto, seja porque a noção de caso julgado sempre foi historicamente associada às decisões proferidas por um juiz, consideramos preferível fundamentar a tendencial definitividade do arquivamento com base naquele que, tendo desempenhado um papel decisivo na consolidação do próprio conceito de caso julgado, continua ainda hoje a ser, com autonomia, um dos princípios estruturantes do nosso ordenamento processual penal. Falamos do *ne bis in idem*²⁷.

25 Em sentido próximo, o TRE, no seu acórdão de 11 de março de 2008 (Proc. n.º 2846/07-1), disponível em www.dgsi.pt [consultado em: 21.05.2013], que teve por objeto uma aparente situação de *duplicação* de inquéritos, para além de afirmar que o “*princípio da legalidade do processo penal impunha, no caso, a reabertura do primitivo inquérito e não a instauração de novo inquérito*”, sublinha que o regime de reabertura do inquérito visa sobretudo apaciar “*considerações de política criminal atinente à salvaguarda do valor da paz jurídica do arguido*”. O Tribunal Constitucional (TC) tem-se pronunciado também sobre o conceito de *paz jurídica* enquanto valor constitucionalmente protegido. Veja-se, neste sentido, o acórdão n.º 508/02, de 2 de dezembro, em que se afirma que “[h]á que conciliar e equilibrar os vários princípios e interesses em jogo, nomeadamente os do contraditório e da referida proibição da indefesa com aquele outro princípio da celeridade processual e ainda com os princípios da segurança e da paz jurídica, que são valores e princípios de igual relevância e constitucionalmente protegidos”, não se devendo “*permitir que o processo se arraste indefinidamente em investigações exaustivas e infundáveis ou que as mesmas se possam reabrir ou efectuar novamente a qualquer momento no decurso do processo, o que poderia ter consequências desestabilizadoras e frustrar assim o alcance da justiça*”. Cf, sobre o mesmo tema, o acórdão do TC n.º 287/03, de 29 de maio, e o acórdão do TC n.º 104/2006, de 7 de fevereiro, todos eles disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt [e consultados em: 21.05.2013]. Para um panorama geral das questões suscitadas a propósito do conceito de *paz jurídica*, veja-se, com proveito, Faria Costa, 1980: 13-35. Sobre o mesmo tema, com desenvolvimento e várias referências bibliográficas (desde Eberhard Schmidhäuser a Klaus Volk e Thomas Weigend), cf. ainda Conde Correia, 2010: 167-195.

26 Nas palavras de Correia, 1951: 402: “[...] *no domínio do processo penal, o caso julgado tem historicamente na sua base a alta e premente necessidade de impedir a chamada absolutio ab instancia, ou seja, a absolutio pro nunc, rebus sic stantibus, que conduzia a que, com base num arbitrário ‘plus amplement informé’, um réu absolvido estivesse sempre na contingência de ser objeto de novas ou mais graves acusações*”. Veja-se também sobre esta matéria, com interesse, Alexandre, 2003: 11-77.

27 Sobre o *ne bis in idem* e a sua evolução histórica na dogmática processual penal, pode consultar-se Correia, 1983: 301-378, Lobo Moutinho, 2005: 276-286, Costa Ramos, 2009: 53-114 e Medina de Seiza, 2010: 935-1004. No direito anglo-saxónico, como se sabe, o *ne bis in idem* é habitualmente associado à proibição de *double jeopardy*, embora o âmbito desta proibição seja superior ao daquele princípio. A proibição de *double jeopardy* foi expressamente reconhecida pela 5.ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, nos termos da qual “[...] *nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb* [...]”. Para uma introdução às várias questões suscitadas pela proibição de *double jeopardy*, cf. Amar, 1997: 1807-1848.

Na sua formulação tradicional – vertida, aliás, no artigo 29.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa (CRP) –, o princípio do *ne bis in idem* significa que ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime²⁸.

Porém, tendo o *ne bis in idem* uma evidente intenção política de garantia daquele que já foi perseguido pelo sistema penal (tipicamente o arguido)²⁹, e visando apelar a necessidade de certeza e segurança jurídicas, mesmo se com sacrifício da verdade material – *inexorável* num processo de matriz acusatória, como muitas vezes diz Paulo de Sousa Mendes –, então terá necessariamente de aplicar-se, em alguma medida, logo na fase de inquérito, pois a perturbação da *paz jurídica* do cidadão criminalmente indiciado e as ofensas (legítimas, é certo) contra os seus direitos, liberdades e garantias, começam precisamente nesse momento (basta pensar, a acrescer aos constrangimentos que a submissão a uma investigação penal por natureza acarreta, nas medidas de coação).

Neste sentido, mais do que proibição de duplo julgamento ou punição, o *ne bis in idem*, no quadro de um sistema acusatório como o que vigora entre nós, e ao contrário do que tradicionalmente se diz, deve ser entendido como um princípio aplicável e dirigido à própria ação penal³⁰.

Promovida essa *deslocação* sistemática, o *ne bis in idem* passa então a significar que o MP, tanto processualmente como institucionalmente, está em regra impossibilitado de *voltar atrás* para exercer uma vez mais os seus poderes de autoridade – que necessariamente perturbam a *paz jurídica* daquele que é (ou foi) perseguido pelo sistema penal – sobre matéria já anteriormente decidida pelos responsáveis dessa magistratura, seja contradizendo um anterior arquivamento com uma nova acusação, seja substituindo uma acusação por outra de teor diferente. Do *ne bis in idem* assim entendido resulta, numa palavra, uma proibição, de carácter geral, de reiteração da ação penal já realizada ou, dito de outra maneira, uma proibição genérica (incidente sobre o MP) de

28 Expressando este entendimento tradicional, no âmbito de uma situação de *duplicação* de inquéritos que releva no âmbito da reabertura do inquérito, e negando expressamente a aplicabilidade do *ne bis in idem* ao despacho de arquivamento, veja-se o já citado acórdão do TRE de 11 de março de 2008 (Proc. n.º 2846/07-1), disponível em www.dgsi.pt [consultado em: 21.05.2013].

29 Para uma perspetiva do *ne bis in idem* enquanto um direito fundamental (que indiscutivelmente é), cf. Canotilho & Vital Moreira, 2007: 497. Analisando o impacto da reabertura do processo-crime nos direitos fundamentais do cidadão, incluindo naturalmente o *ne bis in idem*, cf. Arenaza, 1994: 1053-1075.

30 O que diremos a propósito da aplicação do *ne bis in idem* ao exercício da ação penal concorda, no essencial, com a posição defendida por Damião da Cunha, 2009: 556-562, posição essa que o mesmo Autor começou por defender logo em Damião da Cunha, 2002: 157-159.

voltar a resolver, em sentido contraditório, um conflito penal já previamente resolvido³¹.

Neste quadro, às decisões finais de inquérito tomadas pelo MP estará associado não só um *efeito negativo*, de preclusão, traduzido na consumpção da ação penal³², mas também um *efeito positivo*, de vinculação³³, obrigando institucionalmente o MP a conformar-se com a sua decisão e a não *reiterar*, quanto ao mesmo objeto do processo, a ação penal – ou seja, e para o que aqui concretamente nos interessa, vinculando o MP a não contradizer a decisão de arquivamento³⁴.

Recuperando o que dissemos no ponto anterior, tais efeitos incidirão, quer sobre o *thema decidendum*, quer sobre o *thema probandum* do arquivamento, no sentido de que o MP, perante o mesmo conjunto de factos e provas, está obrigado a manter e não contrariar a sua anterior decisão, tenha ela sido tomada com base em razões de mérito ou na falta de prova para acusar (pese embora, como se adivinha e se explicitará no ponto § 5 deste trabalho, as consequências da preclusão associada ao arquivamento sejam distintas num e noutra caso).

Em favor da solução proposta pode invocar-se, de resto, um argumento de política criminal (aqui numa perspetiva processual) que cremos ser relevante. Na realidade, reconhecendo-se a aplicação do *ne bis in* a qualquer forma de exercício da ação penal, saem reforçadas as exigências – que são ao mesmo tempo garantias – de um inquérito conduzido com a máxima diligência e responsabilidade, cobrindo todos os meios e linhas de investigação possíveis.

Com efeito, se, como julgamos ser pacífico, em face do poder de dirigir o inquérito sem dependência judicial, deve exigir-se ao MP a correspondente

31 Que o arquivamento, tal como a acusação, corresponde à “*resolução de um conflito penal*”, entende-o também Damiano da Cunha, 2002: 485.

32 É esse, aliás, o sentido atribuído ao *ne bis in idem* pela generalidade da doutrina alemã, que associa este princípio à ideia de *strafklageverbrauch*, que significa, precisamente, consumpção da ação penal (cf. Damiano da Cunha, 2009: 553).

33 Alguma doutrina, como por exemplo Götz, citado por Damiano da Cunha, 2002: 146, fundamenta o efeito de vinculação com base na proibição, originariamente trabalhada no âmbito do Direito civil, de *venire contra factum proprium*, associada ao princípio da confiança e à boa fé.

34 Em sentido contrário, relacionando especificamente o *ne bis in idem* com a possibilidade de “*duplicação de processos*”, mas negando a sua relevância por referência ao despacho de arquivamento, veja-se o já citado acórdão do TRE de 11 de março de 2008 (Proc. n.º 2846/07-1), disponível em www.dgsi.pt [consultado em: 21.05.2013].

responsabilidade³⁵, a solução proposta terá então o mérito de *forçar* o MP, aquando da decisão de arquivar o inquérito, a decidir autorresponsavelmente, comprometendo-se com o procedimento de investigação que lhe subjaz e sabendo de antemão que essa decisão o vincula para futuro³⁶.

A solução aqui defendida acaba, pois, por traduzir-se, como sublinha DAMIÃO DA CUNHA³⁷, num “*factor de moralização*” do exercício dos poderes de autoridade em que se traduz a ação penal, o que deve ser entendido, não como a imposição arbitrária de constrangimentos à atuação do MP (concretizando um qualquer pré-juízo sobre o papel e o estatuto desta magistratura), mas sobretudo como uma forma de prestigiar institucionalmente o MP através da responsabilização e conseqüente credibilização do exercício do *jus punendi* estatal.

Sustentar, pelo contrário, a ideia de que o arquivamento não acarreta qualquer *efeito preclusivo* não pode deixar de ser visto, em certa medida, como um “*convite à incúria e ligeireza*”³⁸ do MP na condução do inquérito, à custa, o que é mais grave, da liberdade, segurança e *paz jurídica* do cidadão que foi criminalmente perseguido.

Em sentido crítico, poderá objetar-se: como são então tuteladas e defendidas as lídimas expectativas das vítimas na descoberta da verdade material e na condenação do(s) responsável(is) pelo crime? Também aqui, cremos, são as regras do processo a resolver de forma equilibrada esta potencial *tensão*, concedendo às vítimas a possibilidade de forçarem a reversão do sentido da decisão de arquivamento e, dessa forma, impedir uma eventual consolidação dos seus efeitos na ordem jurídica.

Na realidade, as vítimas, *recte*, os ofendidos constituídos assistentes (ou com a faculdade de assim se constituírem, desde que o façam no prazo processualmente definido), confrontados com um despacho de arquivamento, têm duas formas de reação ao seu dispor: requerer a intervenção hierárquica, nos termos

35 É caso para recordar o conhecido brocardo alemão: *keine Herrschung ohne Haftung* (em tradução nossa: não há poder sem responsabilidade).

36 Sobre a responsabilidade do MP no momento de decidir, dizia Afonso, 1954: 163, “*ser intuitivo que o MP, da mesma forma que tem de ponderar as razões justificativas da sua abstenção de acusar, por certo não será menos exigente ao decidir-se a reiniciar o processo*”. Poderíamos contrapor dizendo que intuitivo é que o MP só ponderará efetivamente, com o cuidado devido, as razões do arquivamento, se souber de antemão que essa decisão não poderá ser facilmente revogada no futuro.

37 Damiano da Cunha, 2009: 559.

38 Figueiredo Dias, 1974: 418.

dos n.ºs 1 e 2 do artigo 278.º do CPP, podendo aí solicitar, designadamente, que o inquérito prossiga e sejam realizadas diligências de prova adicionais; ou apresentar requerimento para abertura da instrução, nos termos da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 287.º do CPP, manifestando a sua discordância com as razões de facto (ou de direito) em que se fundou o despacho de arquivamento e, nesse contexto, indicar meios de prova que, não tendo sido produzidos no inquérito, deponham no sentido da existência de indícios suficientes para submeter o(s) arguido(s) a julgamento.

Feito este necessário parêntesis, convém agora precisar que, em nosso entender, os efeitos que sustentamos estarem associados à decisão final de inquérito por força do *ne bis in idem* só se justificam no caso de ter havido lugar à constituição de arguido(s) ou de resultar dos autos a existência de suspeito(s)³⁹.

Essa é, na realidade, uma decorrência do próprio *ne bis in idem*, que se configura, não como um constrangimento abstrato e não materialmente justificado à renovação da ação penal *tout court*, mas antes como instrumento de garantia daquele (tipicamente o arguido) que foi objeto de perseguição penal. Ou seja: só quando a ação penal é exercida por referência a um ou mais sujeitos (os presumíveis autores ou participantes na execução dos factos sob investigação) poderá falar-se, em sentido verdadeiro e próprio, em perturbação de *paz jurídica* e na correspondente expectativa desses sujeitos, fundada no arquivamento, de que tal *paz jurídica* não voltará a ser posta em crise⁴⁰.

Ao invés, na hipótese de a ação penal e o inquérito prosseguirem sem “*suspeitos*” definidos, a renovação ou repetição das investigações, por muito que possam perturbar aqueles que são chamados a colaborar com a justiça, não será de molde a afetar os valores da estabilidade, segurança e *paz jurídica* que o *ne bis in idem*, entendido como instrumento de garantia daquele que é perseguido criminalmente, visa salvaguardar.

Para além disso, e não obstante tudo o que ficou dito, naturalmente não ignoramos que o despacho de arquivamento não é, no plano substantivo, a

39 Para uma comparação, quanto ao respetivo estatuto processual, entre o arguido e o suspeito (ou o “*imputado não constituído arguido*”), veja-se Lobo Moutinho, 2000: 143-190.

40 Concordamos, pois, no essencial, com a posição, a que já aludimos previamente, de Damião da Cunha, 2002: 486, ainda que a circunscrição, proposta por este Autor, do efeito preclusivo do arquivamento aos casos em que tenha havido constituição de arguido, deixando portanto de fora o suspeito, nos pareça de rejeitar, na medida em que acaba por deixar *nas mãos* do MP – a quem cabe, em regra, proceder à constituição de arguido, ou pelo menos validá-la (cf. artigo 58.º do CPP) – a determinação dos efeitos do arquivamento, para além de que pode levar o MP a evitar a constituição de arguido quando ela, por força da lei, deva ter lugar.

mesma coisa que uma decisão de absolvição proferida por um juiz, o que, sendo uma evidência em sentido lógico, seria sempre confirmado, como é, pela existência do artigo 279.º, n.º 1, do CPP⁴¹.

Nessa medida, o *ne bis in idem*, que defendemos ser aplicável também à fase de inquérito, limitando a repetição do exercício da ação penal pelo MP, terá de compatibilizar-se – embora, paradoxalmente, possa reputar-se como o seu fundamento primeiro – com a figura processual consagrada naquele preceito e que constitui objeto deste trabalho: a reabertura do inquérito. Cabe, pois, apurar em que termos se dará essa (necessária) compatibilização.

II. LIMITES E REQUISITOS DA REABERTURA DO INQUÉRITO

§ 4. O recurso de revisão enquanto *lugar inverso*

Como se deixou assinalado logo na Introdução, o labor doutrinário em tema de reabertura do inquérito é, pelo menos entre nós, bastante escasso⁴². Existem, porém, outras figuras, de algum modo afins daquela, que têm merecido maior atenção doutrinária e jurisprudencial e que, nesse sentido, poderão auxiliar-nos na compreensão do instituto que constitui o objeto deste trabalho.

É esse o caso, designadamente, da revisão de sentença com base em novos factos ou meios de prova (*cf.* artigo 449.º, n.º 1, alínea *d*), do CPP), conhecida na doutrina como revisão *propter nova*⁴³.

A afinidade entre a reabertura do inquérito e a revisão *propter nova* resulta da circunstância de num e noutro caso se convocar o conceito de novidade da prova⁴⁴. Mas a identidade entre essas figuras parece ficar-se apenas por aí.

De acordo com o artigo 449.º, n.º 1, alínea *d*), do CPP, pode rever-se uma sentença transitada em julgado para remediar a condenação de um inocente, com base na descoberta de novos factos ou meios de prova que, de *per si* ou

41 Pinto de Albuquerque, 2011: 751, admite igualmente a possibilidade de reabertura do inquérito em qualquer uma das modalidades de arquivamento previstas no artigo 277.º do CPP.

42 Na doutrina nacional, tratam autonomamente do regime de reabertura do inquérito Pinto de Albuquerque, 2011: 751-753, Simas Santos e Leal Henriques, 2008: 114-116, Maia Gonçalves, 2009: 605-606, Pimenta, 1991: 611, e Conde Correia, 2007: 69-72.

43 Veja-se, por todos, Conde Correia, 2010.

44 Ao contrário do que sucede por referência à reabertura do inquérito, a novidade da prova necessária ao recurso de revisão tem merecido particular atenção da doutrina. No âmbito do Direito português, podem referir-se as monografias de Santana, 1990 e de Conde Correia, 2010. No estrangeiro, tem sido particularmente produtiva a doutrina italiana, podendo nesse domínio consultar-se Luca, 1963, Vessicelli, 1992: 1061-1066 e Adorno, 1999: 2606-2612.

conjugados com os que foram apreciados no processo, suscitem graves dúvidas sobre a justiça da condenação.

Assim, ao contrário do que sucede na reabertura do inquérito, em que se põe em causa o despacho de arquivamento para retomar o exercício da ação penal, com a revisão *propter nova* atinge-se diretamente uma decisão judicial para favorecer o arguido.

Certo é, pois, que, como realça alguma doutrina, “*em vez da identidade das situações está em causa a diferença*”⁴⁵ quando se confrontam estas duas figuras. Todavia, nem por isso o estudo e a compreensão jurídica da revisão *propter nova* se mostram menos pertinentes na análise dogmática da reabertura do inquérito, e isto pelas razões seguintes.

Atenta a sua natureza intrinsecamente sistemática⁴⁶, qualquer ordem jurídica acaba por evidenciar, nos seus diferentes universos de regulação, um sentido de unidade e coerência material, dessa forma produzindo, na formulação de Faria Costa, “*espaços de normatividade que desencadeiam ou abrem por si mesmos linhas de força agregadoras que outra coisa não são senão topoi*”⁴⁷. E um concreto espaço de normatividade, acrescenta o mesmo Autor, pode ser “*iluminante e justificador, em termos de racionalidade material, do seu lugar inverso*”⁴⁸.

Pois bem: é precisamente nesta perspetiva que entendemos relevante, na economia do presente trabalho, considerar o regime legal e a compreensão teórica e prática da revisão *propter nova* – ou seja, concebendo esta figura como *lugar inverso* da revisão do despacho de arquivamento⁴⁹, *recte*, da reabertura do inquérito.

Tratando-se a revisão *propter nova* de um *lugar inverso* relativamente à reabertura do inquérito, justificar-se-á o recurso, na interpretação desta última figura, a um raciocínio analógico invertido, daí resultando um comando

45 Cf. Conde Correia, 2010: 466. Para uma comparação exaustiva das características do mecanismo da revisão de sentença com as da reabertura do inquérito, consulte-se Vanni, 1989: 169-209.

46 Sobre o conceito de sistema, o pensamento sistemático e as suas implicações na teoria do Direito, é decisiva a obra de Canaris, 2002.

47 Faria Costa, 1998: 511-512.

48 Faria Costa, 1998: 513.

49 Em sentido próximo, cf. Figueiredo Dias, 1974: 411, que se refere à reabertura do processo como “*uma verdadeira revisão, embora simplificada no que toca à sua tramitação processual e diferente quanto à entidade que a ordena*”. Também Pinto de Albuquerque, 2011: 752, designa a reabertura do inquérito como uma “*revisão pro societate*”.

interpretativo da maior importância. Dir-se-á assim que, na medida em que com a revisão pretende anular-se o caso julgado para infirmar uma condenação injusta, a interpretação dos respetivos pressupostos e requisitos deve naturalmente ser extensiva⁵⁰. Já no caso da reabertura de inquérito, objeto deste trabalho, a situação é exatamente a inversa: trata-se de quebrar, *contra reum*, uma decisão do próprio MP para se voltar a exercer a ação penal. Nessa medida, estando em causa a *paz jurídica* daquele que já foi perseguido pelo sistema penal, impor-se-á, ao invés do que vimos suceder com a revisão *propter nova*, uma interpretação restritiva dos pressupostos e requisitos desta figura.

É dentro deste espírito que devem ser entendidas as soluções que proporemos de seguida.

§ 5. Corolários da distinção entre arquivamento de mérito e arquivamento por falta de prova

Em matéria de arquivamento, como se referiu acima, a lei processual vigente distingue com clareza duas modalidades essenciais⁵¹, que aqui voltam a enunciar-se.

Por um lado, prevê-se no n.º 1 do artigo 277.º do CPP o arquivamento pleno ou de mérito, fundado em *prova bastante*⁵² de se não ter verificado qualquer

50 Já Correia, 1951: 27, dizia que “quando a revisão funcione em benefício e só em benefício do condenado – como é a hipótese da relevância, nos termos do n.º 4 do artigo 673.º do Código de Processo Penal, «de novos factos ou elementos de prova» – é manifesto que aquela última razão de ser do caso julgado não funciona e, desse ângulo, bem se pode tornar o funcionamento da revisão mais amplo e mais elástico [...]”.

51 Como cremos resultar com clareza dos capítulos anteriores deste trabalho, só nos interessam as modalidades de arquivamento previstas no artigo 277.º do CPP, na medida em que a reabertura do inquérito não é aplicável aos outros despachos de arquivamento, designadamente os proferidos nos termos dos artigos 280.º, n.º 1, e 282.º, n.º 3, ambos do CPP. A doutrina é unânime neste sentido: veja-se Simas Santos & Leal Henriques, 2008: 127, Souto de Moura, 1991b: 43-45, Pinto de Albuquerque, 2011: 752, Reis, 1990: 61-70 e Medina de Seíça, 2009: 988. Cabe ainda referir, a este propósito, o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) nos casos Hüseyin Gözütok e Klaus Brügge (processos apensos C-187 e 385/01), de 11 de fevereiro de 2003, disponível em <http://curia.europa.eu> [consultado em: 21.05.2013], cuja parte decisória se transcreve: “O princípio ne bis in idem, previsto no artigo 54. da convenção de aplicação do acordo de Schengen, de 14 de junho de 1985, entre os Governos dos Estados da União Económica Benelux, da República Federal da Alemanha e da República Francesa, relativo à supressão gradual dos controlos nas fronteiras comuns, assinada em 19 de junho de 1990 em Schengen, aplica-se igualmente a procedimentos de extinção da ação penal, como os que estão em causa nos processos principais, pelos quais o Ministério Público de um Estado-membro arquiva, sem intervenção de um órgão jurisdicional, o procedimento criminal instaurado nesse Estado, depois de o arguido ter satisfeito determinadas obrigações e, designadamente, ter pago determinada soma em dinheiro fixada pelo Ministério Público”. Em sentido idêntico decidiu, entre nós, o acórdão do TRP de 3 de julho de 2003, publicado na *Colectânea de Jurisprudência*, XXVIII, 4, p. 203.

52 De acordo com Varela, Bezerra & Nora, 2006: 471, “[q]uando qualquer meio de prova não dotado de força probatória especial atribuída por lei, crie no espírito do julgador a convicção da existência de um facto, diz-se que foi feita prova bastante – ou que há prova suficiente – desse facto”.

crime, de o arguido não o ter praticado a qualquer título ou de o procedimento ser legalmente inadmissível.

Por outro lado, prevê-se no n.º 2 do citado preceito o arquivamento por falta de prova, caso não tenha sido possível ao MP obter indícios suficientes da verificação de crime ou de quem foram os seus agentes⁵³.

A generalidade da doutrina e da jurisprudência, ignorando o sentido da distinção traçada pelo legislador, tem entendido que pode haver reabertura do inquérito tanto na primeira como na segunda das situações descritas, sendo o regime aplicável indiferenciado qualquer que seja a modalidade de arquivamento⁵⁴.

Julgamos não ser este, porém, o entendimento mais correto. De facto, se é regra assente que, onde a lei não distingue, não deve o intérprete distinguir (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*), o contrário é igualmente verdade, *i.e.*, operando a lei uma diferenciação, cabe ao intérprete perscrutar o sentido e as eventuais consequências dessa diferença.

Examinando o sentido da distinção entre arquivamento definitivo e arquivamento por falta de prova, que o legislador do CPP de 1987 fez questão de manter, e considerando neste ensejo o que dissemos acima quanto à aplicação do *ne bis in idem* ao exercício da ação penal (*cf.* ponto § 3), entendemos que o regime de reabertura do inquérito tem necessariamente de diferir consoante estejamos perante a primeira ou a segunda modalidade de arquivamento prevista no artigo 277.º do CPP⁵⁵.

53 Se a legalidade e a objetividade a que está sujeita a atividade do MP enquanto titular da ação penal impõem que este investigue à *charge et à décharge*, parece daí resultar uma clara preferência do legislador pela solução do arquivamento fundado em razões de mérito sobre o arquivamento determinado por falta de prova. Neste sentido, o MP só deverá arquivar com base na falta de prova quando não seja possível, através da investigação, chegar a uma decisão sobre a materialidade do crime investigado.

54 *Cf.*, por exemplo, acórdão do TRE de 3 de novembro de 2008 (Proc. n.º 2846/07-1), disponível em www.dgsi.pt [consultado em: 21.05.2013]. Quanto à corrente doutrinária representativa deste entendimento, remete-se para as referências bibliográficas constantes da nota n.º 24.

55 A este propósito, merece referência particular a posição de Sousa Mendes, 2000: 109-111, nota n.º 15, que, como se referiu acima (*cf.* nota n.º 24), parte do princípio de que a distinção *saudável* operada pelo CPP de 1929 não se verifica no atual CPP. Como *remédio* contra a indefinição da situação do arguido após o arquivamento, entende este Autor que, sendo o processo arquivado, o arguido deveria poder requerer a abertura da instrução de molde a que fosse atribuído ao despacho de arquivamento o valor de uma decisão verdadeiramente jurisdicional, como seria o caso do despacho de não pronúncia. Na medida em que a lei não o permite, circunscrevendo a possibilidade de o arguido requerer a abertura da instrução aos casos em que contra ele tenha sido deduzida acusação, o referido Autor conclui, a nosso ver com inteira razão, pela inconstitucionalidade material do artigo 287.º, n.º 1, alínea *a*), do CPP — onde se estabelece tal limitação —, por violação das garantias de processo criminal consagradas no artigo 32.º da CRP.

No caso do arquivamento pleno ou de mérito (*cf.* artigo 277.º, n.º 1, do CPP), a autovinculação do MP é total e o juízo do MP é perentório: não só não houve prova suscetível de fundamentar uma acusação, como se provou, em termos *bastantes*, que não haveria, relativamente aos factos que constituíam objeto de investigação, a prática de qualquer crime ou que o procedimento seria inadmissível.

Há, por conseguinte, um compromisso do MP incondicional e necessariamente fundado no sentido de não contradizer o arquivamento. E esse compromisso é tanto mais absoluto considerando que o MP poderia, ou melhor, deveria limitar-se a proferir despacho de arquivamento por insuficiência de indícios para acusar (*cf.* artigo 277.º, n.º 2, do CPP) caso não tivesse reunido *prova bastante* da inexistência de responsabilidade penal (ou da impossibilidade de a efetivar).

Na medida em que o arquivamento de mérito implica uma preclusão absoluta e voluntária da ação penal por parte do MP, diríamos em suma que, na pureza dos princípios, o processo, nesses casos, não deveria poder em hipótese alguma ser retomado, sendo a figura da reabertura do inquérito inaplicável.

Tal leitura, porém, não é consentida pelo teor expresso do artigo 279.º, n.º 1, do CPP, sendo mesmo contrariada por este⁵⁶. Efetivamente, o citado preceito fala em “*novos elementos de prova que invalidem os fundamentos invocados*” pelo MP no arquivamento, e esses *fundamentos* tanto podem consistir na insuficiência indiciária (*cf.* artigo 277.º n.º 2, do CPP), como na *prova bastante* de que fala o artigo 277.º, n.º 1, do CPP.

Não obstante, o que acaba de ser dito não impede, antes impõe, uma diferenciação na aplicação do regime de reabertura do inquérito numa e noutra hipótese de arquivamento. Vejamos então em que termos.

Relativamente ao arquivamento de mérito, em que a decisão de pôr termo à ação penal é perentória e fundada num juízo de mérito sustentado em *prova bastante* (*cf.* artigo 277.º, n.º 1, do CPP), dita a lógica que só serão suscetíveis de infirmar os fundamentos invocados pelo MP nessa decisão os elementos de prova que, sendo *novos*, ponham flagrantemente em crise a validade – aqui

56 Em sentido contrário, *cf.* Souto de Moura, 1991b: 114, que entende que o regime do artigo 279.º do CPP “*está limitado às situações de arquivamento por falta de prova e adução de prova nova*”. Embora, como referimos, seja nossa convicção que, na medida em que o arquivamento por razões de mérito implica uma preclusão absoluta e voluntária da ação penal por parte do MP, o processo não deveria, nesses casos, poder em caso algum ser retomado, sendo a reabertura do inquérito consequentemente inadmissível, essa pretensão (teórica) é infirmada pela letra da lei.

em sentido lato – da *prova bastante* com base na qual o MP determinou o arquivamento dos autos.

Entendemos, por conseguinte, que, depois de um arquivamento de mérito, só será possível reabrir o inquérito com *novos elementos de prova* que evidenciem que a *prova bastante* em que se baseou a decisão de arquivar era, afinal, errónea⁵⁷. Elementos de prova secundários ou apenas complementares à prova carreada para o inquérito primitivo serão, pois, rigorosamente irrelevantes para efeitos de aplicação do regime previsto no artigo 279.º, n.º 1, do CPP, na sequência de um despacho de arquivamento proferido nos termos do artigo 277.º, n.º 1, do CPP.

Na dilucidação do que sejam *elementos de prova erróneos* podemos, também aqui, recorrer ao labor doutrinário expendido por referência ao recurso de revisão, em particular aquele que se funda na constatação de que foram determinantes para a decisão “*falsos meios de prova*” (cf. artigo 449.º, n.º 1, alínea *d*), do CPP)⁵⁸. Neste sentido, poderão incluir-se no conceito de *elementos de prova erróneos*, designadamente, não só documentos forjados, mas também depoimentos de ofendidos, testemunhas ou peritos que tenham sido manipulados em virtude de tortura, coação ou qualquer outra forma de influência ilícita sobre o conteúdo da declaração⁵⁹.

Dito isto, a par das hipóteses de arquivamento de mérito, em que reabertura do inquérito só deve ser admitida nos termos restritos acima enunciados, concorrem os casos de arquivamento por falta de prova (cf. artigo 277.º, n.º 2, do CPP). Também aqui há um efeito preclusivo associado à decisão de arquivamento: tendo o MP considerado que os factos e as provas que constituem o objeto do processo concretamente em causa eram insuscetíveis de conduzir a uma acusação, a ação penal consumiu-se quanto a eles, não podendo ser renovada. Ou seja, com base nos mesmos pressupostos – no plano dos factos e da prova – que levaram ao arquivamento, a ação penal é irrepitível.

Contudo, e ao contrário do que vimos suceder no arquivamento por razões de mérito, o MP não formula na hipótese em análise um juízo perentório e

57 Em sentido próximo, cf. Moreira dos Santos, 2003: 337-338, que afirma que “*só pode reabrir[-se] inquérito com base em factos que demonstrem ter havido erro de facto quanto à fundamentação do arquivamento*”.

58 Embora, segundo cremos, não faça sentido, neste âmbito (da reabertura do inquérito), impor que a falsidade dos elementos de prova que conduziram ao arquivamento tenha sido constatada em sentença transitada em julgado, como resulta do teor expresso do artigo 449.º, n.º 1, alínea *d*), do CPP.

59 Subscrevendo idêntico entendimento, cf. Pinto de Albuquerque, 2011: 1206.

definitivo sobre a materialidade da infração, pelo que a preclusão associada a esta modalidade de arquivamento não poderá considerar-se absoluta.

Deve assim entender-se que, no arquivamento determinado por insuficiência de indícios, a preclusão da ação penal fica expressamente sob reserva da cláusula *rebus sic standibus*, i.e., condicionada à superveniência de novos elementos de prova que permitam ao MP tomar uma decisão de mérito no final do inquérito (seja para acusar, seja para arquivar *definitivamente*), o que pressupõe a possibilidade de o inquérito ser reaberto⁶⁰, sendo aliás esta, por definição, a modalidade de arquivamento a que, com menos dificuldade, se consegue aplicar o regime de reabertura do inquérito.

Não obstante, e como veremos adiante (*cf.* ponto § 9), em função do conceito de novidade adotado nem a todos os elementos de prova *objetivamente* novos deverá ser reconhecida aptidão para reabrir o inquérito.

§ 6. Irrepetibilidade e preclusão

Como tivemos oportunidade de afirmar no ponto § 3 deste trabalho, entendemos que a situação daquele que foi objeto de perseguição criminal deverá permanecer estável, e tendencialmente imperturbável, depois de proferido o despacho de arquivamento. É precisamente por esse motivo que, em nossa opinião, só em condições muito apertadas poderá lançar-se mão do mecanismo de reabertura do inquérito previsto no artigo 279.º, n.º 1, do CPP.

Ora, atento o carácter excepcional da reabertura do inquérito, não nos parece admissível que a ação penal possa, qual pedra de Sísifo, ser recomeçada tantas vezes quantas as necessárias – no entender do MP – para se fazer *justiça*.

Consequentemente, o efeito preclusivo associado ao arquivamento de um inquérito previamente reaberto deve considerar-se absoluto para todos os efeitos, não podendo ser abalado por quaisquer novos elementos de prova – e isto

60 Pode aliás dizer-se que os despachos de arquivamento por insuficiência de indícios culminam, quase invariavelmente, com uma referência expressa à possibilidade de reabertura do inquérito. Veja-se, neste sentido, e a título exemplificativo, a parte final do despacho de arquivamento proferido no âmbito do proc. de inquérito n.º 201/07.0GALGS (aliás, recentemente reaberto), relativo ao desaparecimento de uma criança inglesa no Algarve, findo em 2008 (e logo aí tornado público), onde se pode ler, na parte final (p. 47), o seguinte: “*quem se sentir inconformado com o epílogo das investigações, terá possibilidade de contra ele reagir, podendo, para alterar eventualmente esse epílogo [do arquivamento], desencadear diligências com base em novos elementos de prova [...] e as diligências requeridas sejam sérias, pertinentes e consequentes*”. Também assim, Conde Correia, 2007: 49-51, nos exemplos que fornece quanto às várias modalidades de arquivamento, introduz sempre, nos casos de arquivamento determinado com base no artigo 277.º, n.º 2, do CPP, uma menção à possibilidade de reabertura do inquérito.

quer se trate de arquivamento por razões de mérito, quer se trate de arquivamento por falta de prova.

Nesta conformidade, por referência a um determinado conjunto de factos – o mesmo é dizer: por referência a um determinado objeto do processo –, a reabertura do inquérito é irrepetível, sendo inadmissível renovar por duas ou mais vezes a ação penal para investigar o mesmo exato conjunto de factos. Em síntese: nos termos do artigo 279.º, n.º 1, do CPP, o inquérito só pode ser reaberto uma única vez.

Em abono desta tese pode argumentar-se que, havendo como que uma *dupla conforme* de arquivamentos, perturbar por uma terceira (!) vez a *paz jurídica* daquele que foi já, por duas ocasiões, objeto de uma investigação criminal, seria, como afirma Conde Correia, “*contraproducente, sendo o prejuízo causado certamente maior do que o lucro em justiça material daí resultante*”⁶¹.

Assim, reaberto o inquérito, o MP terá então a sua derradeira oportunidade de concluir uma investigação com resultados satisfatórios, corrigindo os erros de facto que tenham sido detetados na fundamentação do arquivamento proferido no âmbito do inquérito primitivo. Não logrando o MP fazê-lo no contexto do inquérito reaberto, as consequências da consolidação na ordem jurídica de uma eventual *injustiça* – aqui identificada com a não sujeição do responsável pela prática de um crime a uma nova investigação e, eventualmente, a julgamento – deverão ser aplacadas pela máquina repressiva estadual, confessadamente incapaz de garantir, como seria sua obrigação, o esclarecimento cabal da notícia do crime e o encerramento efetivamente *definitivo* do inquérito⁶².

Esta, quanto a nós, a interpretação razoável, em razão dos valores que aqui se confrontam, do artigo 279.º, n.º 1, do CPP.

61 Conde Correia, 2010: 167.

62 Recordar-se novamente que os interessados (designadamente, aqueles que se assumam como vítimas, *recte*, como assistentes ou com a faculdade de assim se constituírem), aquando do (segundo) arquivamento, têm também, por uma segunda vez, a possibilidade de tentar reverter o sentido da decisão do MP. E a lei permite que o façam através de duas vias alternativas: ou suscitando a intervenção hierárquica, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 278.º do CPP, podendo aí requerer, designadamente, que o inquérito prossiga e sejam realizadas diligências de prova adicionais, ou apresentando requerimento para abertura da instrução, nos termos da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 287.º do CPP, expondo nesse ensejo a sua discordância com as razões de facto (ou de direito) em que se fundou o despacho de arquivamento.

§ 7. Impulso processual

Se, como referimos, o arquivamento tem associado um efeito preclusivo – a consumpção da ação penal – e uma autovinculação do MP que o obriga a manter, responsabilmente, as suas decisões, fará sentido admitir-se que, depois do arquivamento, o MP possa prosseguir paralelamente investigações sobre os mesmos factos, recolhendo provas com vista a infirmar aquela (sua) decisão de arquivar?

Em homenagem ao sentido e extensão do *ne bis in idem* que acima propugnámos, e a uma certa ideia de lealdade que entendemos não poder estar completamente dissociada da prossecução da ação penal⁶³, somos levados a responder negativamente a esta pergunta.

Nesta perspetiva, depois de arquivado, o MP só poderá reabrir o inquérito se os novos elementos de prova exigidos pelo artigo 279.º, n.º 1, do CPP chegarem ao seu conhecimento por intermédio de terceiro (designadamente, através da vítima ou de uma testemunha), e não no decurso de diligências de prova realizadas de moto próprio pelo MP.

Pressupondo um despacho do MP de deferimento ou recusa da reabertura do inquérito⁶⁴, o n.º 2 do artigo 279.º do CPP aponta também neste sentido, pois só se defere ou recusa o que foi previamente requerido por outrem. Fica assim excluída, portanto, a possibilidade de reabertura oficiosa do inquérito⁶⁵.

Não se vê razão para não admitir, em todo o caso, que a reabertura do inquérito possa ser desencadeada na sequência de requerimento probatório apresentado por terceiro (designadamente, pela vítima), solicitando ao MP, com base em elementos já recolhidos (obtidos por si ou do conhecimento público), que proceda a diligências de prova adicionais (já no âmbito do inquérito reaberto, portanto) que visem confirmar o sentido para que apontam esses elementos.

63 Sobre este tema veja-se o texto de Figueiredo Dias, 1996: 344-352, aí se podendo ler (p. 349) que *“deriva para ele [MP] um estrito dever de lealdade, de fair play do seu comportamento processual, que se não analisa em qualquer atitude moral geral evanescente, mas se concretiza em exigências muito concretas de forma de actuação”*.

64 Não era essa a solução propugnada no projeto do novo CPP da autoria de Figueiredo Dias, aí se defendendo, ao invés, um controlo judicial da reabertura do inquérito (solução que, numa perspetiva *de jure condendo*, consideramos preferível à que se encontra atualmente consagrada, essencialmente porque garante que a reabertura do inquérito será decidida por um sujeito processual que não o responsável pelo arquivamento que se pretende *revogar*).

65 Contra, Pinto de Albuquerque, 2011: 753, que afirma que a *“reabertura do processo pode ser determinada oficiosamente pelo magistrado do MP ou a requerimento do assistente ou do denunciante com a faculdade de se constituir assistente”*, embora não adiante qualquer justificação para suportar esta sua interpretação (que expressamente contraria a letra da lei).

E que elementos poderão ser esses? Pode apontar-se como hipótese, a título exemplificativo, as declarações públicas, eventualmente com reprodução nos órgãos de comunicação social, do próprio arguido, cujo interrogatório foi considerado fundamental para a decisão de arquivamento, reconhecendo ter sido ele o autor do crime investigado no inquérito primitivo.

Para além disso, a regra geral da não oficiosidade da abertura do inquérito deve compreender, pelo menos, uma outra exceção: a aquisição de novos elementos de prova, com relevo para o inquérito arquivado, no âmbito de investigações realizadas em outro processo.

Na realidade, caso o MP adquira *fortuitamente* novos elementos de prova no âmbito da investigação empreendida num processo diferente daquele que foi arquivado, não se pode verdadeiramente dizer que tenha violado ou sequer tido a intenção de violar o efeito preclusivo associado à sua decisão de arquivar⁶⁶. Neste sentido, deve admitir-se, em homenagem à continuidade entre a licitude da produção da prova e a legitimidade da sua valoração, a aptidão dos elementos assim obtidos a fundamentar a reabertura do inquérito.

III. A PROVA IDÓNEA

§ 8. Delimitação negativa

Podendo considerar-se um truísmo, nem por isso pode deixar de aqui se afirmar que, depois de arquivado, não é possível reabrir o inquérito, nos termos do artigo 279.º, n.º 1, do CPP, com prova *igual* àquela que conduziu ao arquivamento⁶⁷.

66 Em sentido próximo, Maia Gonçalves, 2009: 606: “ao MP podem vir a deparar-se novos e decisivos elementos de prova v.g. surgidos em um outro processo, e seria solução intolerável para a realização da justiça, que a lei portanto não poderia perflhar, não permitir, em tal caso, a reabertura do inquérito”. Na mesma linha, entendeu o TRP no seu acórdão de 6 de junho de 2007 (Proc. n.º 0615391), disponível em www.dgsi.pt [consultado em: 21.05.2013], que “[p]erante os fundamentos do arquivamento – não identificação completa dos denunciados incluindo o seu paradeiro – e ao surgimento destes novos elementos embora no inquérito n.º ./00, de Castelo de Paiva, é mais que óbvio a justificação e necessidade de reabertura do inquérito n.º ../00 de Marco de Canavezes.”

67 Coisa diferente sucede no Direito italiano, em que é possível reabrir o inquérito com base na mera reapreciação da prova carreada para o inquérito primitivo, desde que a reabertura seja *motivada*. Determina a este respeito o artigo 414.º, n.º 1, do Código de Processo Penal italiano: “[d]opo il provvedimento di archiviazione emesso a norma degli articoli precedenti, il giudice autorizza con decreto motivato la riapertura delle indagini su richiesta del pubblico ministero motivata dalla esigenza di nuove investigazioni”. Sobre o regime do arquivamento e da reabertura do inquérito no Direito italiano, cf. Giostra, 1994: 91-98, Padula, 1995: 9-10, *idem*, 2005, Scarpello, 2002, Tedeschi, 2000:253-254, Varone, 2005: 1637-1669 e Carbone, 2007: 499-505.

Constitui prova *igual* – e, portanto, insuscetível de desencadear a reabertura do inquérito – aquela que, tendo sido obtida ou produzida no âmbito do inquérito primitivo, não foi por qualquer razão valorada na decisão final de arquivamento.

Para além disso, também a reapreciação da prova anterior, mesmo que tenha lugar na sequência da deteção de um erro, grosseiro ou não, na sua valoração, não pode fundamentar a reabertura do inquérito, o mesmo sucedendo com a requalificação jurídica dos factos que conduziram ao arquivamento.

§ 9. Novidade da prova e modo de aferi-la; formulação de um critério geral

Feita esta elementar (mas necessária) delimitação negativa, é altura de reafirmar o que consta da lei: o inquérito só pode ser reaberto se surgirem “*novos elementos de prova*” (cf. artigo 279.º, n.º 1, do CPP).

Do ponto de vista metodológico, cabe dizer, antes de mais, que a concretização do conceito de “*novos elementos de prova*” deve ser feita numa perspetiva eminentemente normativa⁶⁸, excluindo considerações de natureza psicologista e obrigando o intérprete a indagar, amparado nos princípios e valores que estruturam e se relacionam com este instituto, que elementos de prova *devem* considerar-se *novos* de molde a poderem fundamentar a reabertura do inquérito.

É também normativa, na sua essência, a perspetiva adotada pela generalidade da doutrina e da jurisprudência a propósito da revisão *propter nova*, o nosso eleito *lugar inverso*⁶⁹. Nesse concreto domínio, predominam na doutrina portuguesa os Autores que propõem uma interpretação restritiva dos requisitos aplicáveis ao recurso de revisão⁷⁰, quando, em nosso entender, aí se justificaria, ao invés, uma compreensão extensiva (cf. ponto § 4). Não obstante, sendo inapropriada em sede de revisão *propter nova*⁷¹, a verdade é que, atentos os valores em presença, essa perspetiva restritiva é, como vimos, a que melhor serve a correta interpretação da reabertura do inquérito, pelo que poderão aproveitar-se diretamente para o tema que nos ocupa – sem necessidade,

68 No mesmo exato sentido, cf. Figueiredo Dias, 1974: 411.

69 Cf., por todos, Conde Correia, 2010: 590-604.

70 Cf., em sentido crítico, Correia, 1951: 18, Cavaleiro de Ferreira, 1965: 525, Figueiredo Dias, 1974: 99 e Conde Correia, 2010: 590-591.

71 Acompanhamos de perto, nesta matéria, o que diz Conde Correia, 2010: 590.

portanto, de recorrer à tal *analogia invertida* – alguns contributos da prática jurisprudencial e do pensamento doutrinal sobre esta matéria.

De acordo com o STJ, “*dada a ‘responsabilidade das partes na condução do processo, é razoável que não se lhes permita a revisão da sentença quando forem responsáveis pela injustiça que invocam’*”⁷², pelo que se devem considerar “*novos apenas os factos que fossem ignorados ou não pudessem ser apresentados ao tempo do julgamento, quer pelo tribunal, quer pelas partes*”⁷³.

Especificamente em matéria de prova, entendeu também o STJ que, não sendo uma testemunha inquirida sobre questões que mais tarde se vieram a considerar relevantes, “*isso apenas se deve à opção da recorrente, que não a qualquer obstáculo, nomeadamente a desconhecimento – à data do julgamento – de que se soubesse algo mais do que aquilo a que depôs e que lhe foi perguntado, ou alguma circunstância que tivesse impedido de se pronunciar sobre tal ponto*”⁷⁴, não podendo, por conseguinte, tal testemunha considerar-se *prova nova*.

Em sentido próximo, Paulo Pinto de Albuquerque, também a propósito do recurso de revisão, veio sustentar que “*a lei não permite que a inércia voluntária do arguido em fazer actuar os meios ordinários de defesa seja compensada pela atribuição de meios extraordinários de defesa*”⁷⁵.

Dos argumentos recenseados avulta claramente uma ideia de *responsabilidade* na obtenção e produção da prova, a qual traz associados efeitos preclusivos sobre aquele que, tendo a seu cargo o dever de produzir essa prova, só não o fez por *culpa* sua.

Transpondo essa ideia para o objeto deste trabalho, e considerando, desde logo, que a reabertura do inquérito é determinada pela mesma entidade que decidiu previamente arquivar o processo (o MP), entendemos que só poderão fundamentar a decisão de reabrir o inquérito os elementos de prova que, sendo desconhecidos pelo MP à data do arquivamento, também não poderiam por este ter sido conhecidos nesse momento.

Noutra perspetiva, com o arquivamento fica consumida a relevância probatória, para efeitos de (reiteração do) exercício da ação penal, de todos os

72 Cf. acórdão do STJ de 14 de junho de 2006, publicado na *Colectânea de Jurisprudência* do STJ, 2006, Tomo II, p. 217-222.

73 Cf. acórdão do STJ de 17 de abril de 2008 (Proc. n.º 07P4840), disponível em www.dgsi.pt [consultado em: 21.05.2013].

74 Cf. acórdão identificado na nota n.º 72.

75 Pinto de Albuquerque, 2011: 1208.

elementos de prova utilizados ou que podiam, *recte*, deviam – tivesse a investigação sido levada a cabo de modo competente – ter sido utilizados para fundamentar a decisão final de inquérito⁷⁶.

A esta luz, para efeitos de aplicação do regime previsto no artigo 279.º, n.º 1, do CPP, só serão suscetíveis de desencadear a reabertura do inquérito elementos de prova novos, no sentido de que eram desconhecidos pelo MP aquando do arquivamento, se – e este é o ponto crucial – tal desconhecimento não for de alguma forma imputável ao próprio MP.

Concretizando o critério adotado, o desconhecimento dos elementos de prova será imputável ao MP quando resulte de incúria ou negligência na condução do inquérito primitivo. Dir-se-á assim que, quando o MP, na sua qualidade de *dominus* do inquérito com plena liberdade de investigação, não chegue à prova por *culpa* sua, omitindo o dever, ou melhor, o ónus de investigar e recolher toda a prova possível⁷⁷, deve assumir a responsabilidade pelos (maus) resultados da investigação, não podendo reabrir o inquérito, e com isso perturbar a *paz jurídica* daquele que foi investigado, para corrigir uma falha ou um lapso que só a ele – ou melhor: à negligência daqueles a quem coube dirigir o inquérito – será imputável.

Em nosso entender, é com base neste critério geral, promotor da propugnada responsabilização do MP pela atividade investigatória, que deve ser aferida a aptidão dos meios de prova a despoletar a reabertura do inquérito.

76 Não nos parece, de resto, destituído de sentido que a este propósito se fale num *ne bis in idem* em matéria de prova, querendo com isso significar-se que os elementos de prova que, em função da valoração efetuada, conduziram a um determinado desfecho do inquérito, não podem ser novamente apreciados pelo MP (desde logo para pôr em crise aquele desfecho).

77 Sobre esta matéria, veja-se, com interesse, Bettiol, 1936: 241-253, Figueiredo Dias, 1982: 125-143, Cavaleiro de Ferreira, 1986: 303 e ss., e Marques da Silva, 2011: 110 e ss. Este último Autor (Marques da Silva, 2011: 111) vem afirmar que “[a]inda que a questão do ónus da prova não se coloque nos precisos termos do processo civil, é sempre razoável a pergunta se sobre o MP ou o acusador particular não recai o encargo de afastar a presunção de inocência, e isto porque sem uma mínima actividade probatória dos factos alegados não será nunca possível a condenação, pois funciona o princípio da presunção de inocência. O arguido presume-se inocente pelo que se lhe não exige actividade probatória alguma em ordem a comprovar esta verdade interina do processo, tendo em conta que se tal lhe fosse exigido se lhe estaria a impor um encargo às vezes de impossível realização. Por isso soe-se dizer-se que incumbe à acusação a prova dos factos imputados ao arguido”. É também esse, no essencial, o nosso entendimento. No mesmo sentido, veja-se ainda Sousa Mendes, 2004: 139 que, de forma pragmática, faz o seguinte diagnóstico da ação penal, em particular na fase de inquérito: “Nomeadamente, o Ministério Público (MP), dirigindo o inquérito, e os OPC que o assistem (artigo 263.º, n.º 1, CPP e art 2.º da Lei da Organização da Investigação Criminal) sentem então a premência de carrear para o processo todos os elementos necessários para deduzir a acusação, sendo caso disso (artigo 283.º CPP)”, concluindo, a final, que “[m]ormente no inquérito, a parcialidade do MP é um facto, apesar de todos sabermos que ele tem de investigar à charge et à décharge”. Recentemente, veio reavivar a questão do ónus da prova em processo penal Dá Mesquita, 2011: 324-336.

Concretizando, e a título de exemplo, haverá elementos de prova desconhecidos por causa imputável ao MP – e isto sem prejuízo de eventuais invalidades que ao caso possam caber⁷⁸ – quando, no âmbito do inquérito que veio a ser arquivado, o MP tenha decidido não ouvir uma testemunha cuja inquirição fora requerida por um qualquer sujeito processual, querendo depois fundamentar a reabertura do inquérito com base no seu depoimento.

Pelo contrário, não será imputável ao MP o desconhecimento de um determinado meio de prova quando essa prova for objetivamente superveniente e, bem assim, quando, por causa imputável ao arguido ou à defesa no seu conjunto, o arquivamento se tiver baseado em prova falsa ou manipulada (*e.g.* a testemunha que, coagida pelo arguido, presta depoimento favorável à defesa).

§ 10. Valor probatório reforçado

Nos termos do artigo 279.º, n.º 1, do CPP, a par da novidade, é ainda (cumulativamente) necessário, para reabrir o inquérito, que os novos elementos de prova sejam de molde a invalidar os fundamentos do despacho de arquivamento, tenha ele sido determinado por razões de mérito – e aqui o sentido da nova prova deverá ser, como já referimos, o de num primeiro momento demonstrar a falsidade (em sentido lato) dos elementos probatórios que conduziram à decisão de arquivar – ou por insuficiência de indícios.

Impõe-se, portanto, um valor probatório reforçado dos *novos elementos de prova* para que possa haver reabertura do inquérito, não sendo suficiente o mesmo grau (mínimo) de convicção que obriga o MP, uma vez obtida a notícia do crime, a abrir inquérito.

E também não basta que os *novos elementos de prova* se limitem a suscitar dúvidas sobre a bondade da decisão de arquivar⁷⁹. Aliás, em caso de dúvida resultante de eventual contradição entre a prova que, sendo insuficiente para acusar, conduziu ao arquivamento, e a prova nova com base na qual se pretende

78 Designadamente, por omissão de diligências que pudessem reputar-se essenciais para a descoberta da verdade, cominada como nulidade processual no artigo 120.º, n.º 1, alínea d), do CPP.

79 Pronunciou-se neste sentido o TRE, em acórdão de 3 de novembro de 2008 (Proc. 2846/07-1), disponível em www.dgsi.pt [consultado em: 21.05.2013]: “A relevância da motivação do despacho de arquivamento propaga-se para além dos momentos da sua sindicabilidade (intra-orgânica ou judicial) aos efeitos futuros do despacho que vale como caso decidido, pois os novos elementos de prova têm de por em causa esses fundamentos e não apenas a bondade da decisão”.

reabrir o inquérito, não deverá este ser reaberto, em homenagem, entre o mais, ao princípio *in dubio pro reo*⁸⁰.

Neste quadro, e em face da ausência de padrão geral e abstrato, deve exigir-se, para a reabertura do inquérito – ou seja, para que possa legitimamente pôr-se em causa a *paz jurídica* de que o arguido deve poder gozar após o arquivamento –, que dos *novos elementos de prova* resulte, para o MP, um grau de convicção pelo menos similar àquele que justifica a dedução de acusação.

Assim, os *novos elementos de prova*, isoladamente ou em conjugação com a prova junta e examinada no inquérito primitivo (mesmo que dessa conjugação advenha apenas a demonstração da falsidade da prova junta ao primeiro inquérito), devem convencer o MP da existência de indícios suficientes da prática do crime e dos seus agentes (*cf.* artigo 283.º, n.ºs 1 e 2, do CPP) que apontem no sentido de que a responsabilidade criminal destes será, com grande probabilidade, confirmada em julgamento.

Em nossa opinião, só nesta hipótese se justificará a quebra da *paz jurídica* do arguido que a reabertura do inquérito (quase sempre) necessariamente acarreta⁸¹.

80 Embora alguns Autores sustentem que a decisão de acusar, fundada num juízo de probabilidade, é rebelde à aplicação do princípio *in dubio pro reo* (*cf.* neste sentido, por exemplo, Conde Correia, 2007: 21), a aplicação deste princípio na hipótese vertente tem inteiro cabimento, na medida em que o potencial juízo de probabilidade (que poderá vir a fundamentar a reabertura do inquérito), sendo baseado num determinado conjunto de provas (novas), será sempre contrário a um outro juízo, também ele assente num determinado substrato probatório, firmado anteriormente pela mesma entidade (o MP), excetuando, claro está, o caso em que o arquivamento tenha sido determinado com base na absoluta inexistência de provas. Ora, havendo provas num e noutro sentido, sem que nenhuma delas se superiorize às demais, a dúvida deverá ser resolvida em termos favoráveis ao arguido, o que neste contexto implica não reabrir o inquérito.

81 Na medida em que a reabertura do inquérito é tramitada sem intervenção de um juiz, sendo da exclusiva competência do MP, só a título incidental é possível entrever, a partir da jurisprudência dos Tribunais superiores portugueses, precedentes e critérios de decisão do próprio MP aplicados neste domínio. Ainda assim, resulta da análise dessas decisões que, para justificar a reabertura do inquérito, é frequente invocar-se que dos novos elementos de prova têm de resultar “*fortes indícios*” da prática de um crime (sendo certo que, para que o inquérito termine com uma acusação, basta que tenham sido recolhidos indícios suficientes de se ter verificado crime e de quem foi o seu agente – *cf.* artigo 283.º, n.º 1, do CPP). Tal pode ser confirmado através dos excertos das seguintes decisões, todas elas disponíveis em www.dgsi.pt:

– acórdão do STJ de 2 de junho de 2011 (Proc. n.º 680/03.5 TVLSB.L1) [consultado em: 21.05.2013]: “O despacho de reabertura do inquérito surge em finais de 1998, apoiando-se no parecer médico-legal, porque havia fortes indícios da prática pelos arguidos de um crime de homicídio negligente”;

– acórdão do TRL de 24 de junho 2010 (Proc. n.º 680/03.5TVLSB.L1-6) [consultado em: 21.05.2013]: “4a. O 2.º Apelante, em 26/11/93, apresentou na Diretoria da Polícia Judiciária, em Lisboa, denúncia-crime por considerar que a D fora vítima de negligência médica - alínea F) da matéria assente e da fundamentação da sentença. 5a. A 16/11/98 os AA, ora Apelantes, foram notificados do despacho de arquivamento do inquérito, sem prejuízo de obtenção de melhor prova. 6a. O parecer, solicitado, do Conselho Médico-Legal foi junto aos autos em 23/11/1998. 7a. Nesse mesmo dia, o Ministério Público ordenou a reabertura do inquérito por considerar haver fortes indícios da prática pelos arguidos do crime de homicídio negligente

§ 11. Concretização do critério adotado

Apresentadas as linhas orientadoras que, em nosso entender, devem guiar o intérprete na compreensão das exigências de *novidade* e *valor* dos *elementos de prova* aptos a desencadear a reabertura do inquérito, é altura de concretizar o nosso entendimento por referência aos vários meios de prova previstos no CPP e a outras realidades conexas.

§ 11.1. Prova testemunhal

De acordo com jurisprudência do STJ, uma testemunha que já tenha sido inquirida não pode ser considerada um *novo elemento de prova*, mesmo que haja ampliação do depoimento, *i.e.*, mesmo que a testemunha venha a ser questionada e a depor sobre matérias sobre as quais não incidiu o seu depoimento anterior⁸². Tal jurisprudência, embora produzida por referência ao recurso de revisão, vale, por maioria de razão (*cf.* ponto § 4), ainda com maior acuidade no caso de reabertura do inquérito.

Esta solução justifica-se em obediência ao critério geral atrás formulado: se a testemunha não foi questionada pelo MP, a quem competia a sua inquirição, sobre matérias tidas posteriormente por essenciais, a responsabilidade será exclusivamente sua, enquanto *dominus* do inquérito. *Sibi imputet*.

Também na hipótese de uma testemunha não ter sido ouvida porque o MP entendeu que o seu depoimento seria irrelevante, deve considerar-se que o desconhecimento desse meio de prova é imputável ao titular da ação penal e,

p. e p. no artigo.º 136.º do CP/82 e propôs uma medida cautelar de detenção a fim de os médicos arguidos serem presentes ao JIC para 1.º interrogatório judicial, prestação de caução e aplicação de medida de coação mais gravosa que o simples TIR já prestado”;

– acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra (TRC) de 11 de outubro de 2006 (Proc. n.º 8.03.4/TAMDA. C1) [consultado em: 21.05.2013]: “*Salvaguardando algumas alterações de palavra, verificamos que a queixosa vem queixar-se dos mesmos factos de que já se queixou e 23 de Setembro de 2002, que já foram objeto de apreciação e decisão, apresentando 5) mesmos meios de prova que na queixa inicial indicou. [...] Nesta perspetiva, cremos que não existem fundamentos, atento o teor da queixa ora apresentada, para determinar a reabertura do inquérito nos termos do disposto no artigo 279.º, n.º1 do CPP, pelo que se mantém o despacho de arquivamento proferido”;* e

– acórdão do TRP de 16 de janeiro de 2002 (Proc. n.º 0141271) [consultado em: 21.05.2013]: “*A última nota é ainda uma simples constatação, para acentuar que a reabertura pretendida pelo Ministério Público se encontra sujeita a pressupostos – os do artigo 279.º, cit. – cuja realidade, tanto quanto sabemos, ainda não se apurou: neste momento apenas há notícia de que uma nova testemunha tem conhecimento directo de factos que, na opinião dos assistentes, invalidam, pelo menos, alguns dos fundamentos que ditaram o arquivamento”.*

82 *Cf.* acórdão do STJ de 1 de julho de 2004, publicado na *Colectânea de Jurisprudência do STJ*, 2004, Tomo II, p. 247.

como tal, não se pode concluir pelo preenchimento do requisito da *novidade* exigido pelo artigo 279.º, n.º 1, do CPP.

O mesmo se diga quanto à testemunha que não compareceu – não tendo o MP feito nada para que esta comparecesse – ou que não chegou sequer a ser notificada, por falha imputável ao MP e, bem assim, quanto à testemunha que foi inquirida com dispensa de juramento e que mais tarde passou a estar em condições de o (dever) fazer⁸³.

No caso, distinto, de uma testemunha vir contradizer o seu depoimento anterior, deverá ser investigada pela prática do crime de falsidade de testemunho (*cf.* artigo 360.º do CP), mas o arguido não deve ser prejudicado pelo facto de essa testemunha ter atuado de modo ilícito e de o MP ter valorado positivamente tal depoimento, exceto no caso de a falsidade do testemunho se ter devido a alguma forma de coação exercida por aquele (ou por alguém que tenha atuado sob as instruções do arguido).

Contrariamente, caso uma testemunha fosse desconhecida ou não pudesse ter sido ouvida por causa que se veio a apurar ser imputável a terceiros, designadamente ao arguido (*e.g.* no caso de sequestro), tornando-se a sua inquirição possível em momento posterior, deverá a mesma ser considerada *prova nova* para efeitos do artigo 279.º, n.º 1, do CPP, sendo, como tal, apta a despoletar a reabertura do inquérito⁸⁴.

§ 11.2. Declarações de arguido. A confissão

Nos termos referidos *supra*, o efeito preclusivo associado ao arquivamento é reconhecido no interesse do arguido, para salvaguarda da sua liberdade e segurança, em suma, da sua *paz jurídica*.

83 Esta última hipótese é objeto de ampla discussão no âmbito do recurso de revisão: veja-se, por todos, Conde Correia, 2010: 321.

84 O filme *Fracture* (na tradução portuguesa: *Ruptura*), de 2007, realizado por Gregory Hoblit, parte de uma situação idêntica à que traçamos. Logo numa das primeiras cenas do filme, Ted Crawford (personagem interpretada por Anthony Hopkins) dispara dois tiros sobre a sua mulher, que fica em coma. Ted Crawford é depois levado pela polícia e acaba por confessar os factos. Com a confissão na mão, os procuradores decidem não realizar diligências de prova adicionais, designadamente buscas para encontrar a arma do crime. Contudo, vem-se mais tarde a apurar que a confissão de Ted Crawford foi prestada perante um agente da polícia que era nem mais nem menos do que amante da sua mulher, o que indiciava a existência de coação na obtenção dessa confissão e a tornava, por conseguinte, inadmissível. À falta de prova, Ted Crawford acaba por sair em liberdade e o processo termina. Na hipótese de o processo não ter avançado e a mulher de Ted Crawford sair do coma e confirmar que fora efetivamente o seu marido quem disparara os dois tiros, o inquérito, quanto a nós, teria de poder ser reaberto com base nesse depoimento.

Nessa medida, se o arguido, tendo-se remetido ao silêncio no inquérito primitivo, decidir, após o arquivamento, confessar livremente e sem reservas a prática do crime ao MP, deve entender-se que a sua confissão – no pressuposto, evidentemente, de ser considerada credível – será apta a desencadear a reabertura do inquérito.

Para além disso, e como se avançou em capítulo anterior, poderá ser desencadeada a reabertura do inquérito com vista à confirmação dos “indícios” resultantes de uma eventual confissão pública (por exemplo, através da imprensa) do arguido relativamente a um crime objeto de investigação num inquérito que veio a culminar num despacho de arquivamento.

§ 11.3. Acareação, reconhecimento e reconstituição

Durante o inquérito, a prova, nos casos de acareação (*cf.* artigo 146.º do CPP), reconhecimento (*cf.* artigos 147.º a 149.º do CPP) e reconstituição (*cf.* artigo 150.º do CPP), é produzida por decisão exclusiva do MP, tomada oficiosamente ou na sequência de requerimento.

Nessa medida, não tendo sido produzidos tais meios de prova no inquérito primitivo, não deverá admitir-se, atendendo ao que se disse acima quanto à exclusão, em regra, da reabertura oficiosa do inquérito (*cf.* ponto § 7), que a sua produção *ex novo* possa fundamentar a reabertura do inquérito – o que não significa, bem entendido, que estas diligências não possam ser realizadas depois de reaberto o inquérito –, para além de que seria sempre difícil entrever neste tipo de prova, a que na prática se tende a reconhecer pouca valia⁸⁵, o grau de solidez e consistência necessário para invalidar os fundamentos invocados pelo MP no despacho de arquivamento, como exige o artigo 279.º, n.º 1, do CPP.

§ 11.4. Prova pericial

Não obstante a prova pericial gozar de um valor probatório reforçado (*cf.* artigo 163.º, n.º 1, do CPP), a sua produção, na fase de inquérito, também está na disponibilidade do MP (*cf.* artigo 154.º, n.º 1, do CPP), pelo que, não tendo sido realizada no inquérito primitivo, não deverá igualmente admitir-se, considerando o nosso entendimento, que uma *nova perícia* possa despoletar a reabertura do inquérito.

85 Reconhecem-no Medina de Seíça, 2003: 1413 e Conde Correia, 2010: 583.

Para além disso, a prova pericial tem sido considerado inidónea pela nossa jurisprudência a fundamentar a revisão de sentenças⁸⁶, devendo mais uma vez considerar-se essa jurisprudência aplicável, por maioria de razão (*cf.* ponto § 4), à reabertura do inquérito.

§ 11.5. Prova documental

Considerando o tendencialmente elevado grau de certeza que este meio de prova proporciona⁸⁷, a apresentação de novos documentos – pressuposta, claro está, a sua genuinidade – constituirá, à partida, fundamento particularmente idóneo a desencadear a reabertura do inquérito.

Assim sucederá, por exemplo, na hipótese de os *novos* documentos não terem chegado ao conhecimento do MP, aquando do inquérito primitivo, designadamente porque o arguido os ocultou, vindo depois a ser apresentados por terceiro.

No caso, porém, de os *novos* documentos se revelarem contraditórios com outros que tenham sido juntos aos autos do inquérito primitivo, tendo estes últimos sido determinantes para a decisão de arquivamento – o que tipicamente sucederá na hipótese de o arquivamento que se pretende *revogar* ter sido ditado por razões de mérito (*cf.* artigo 277.º, n.º 1, do CPP) – só poderá, em nossa opinião, desencadear-se a reabertura do inquérito se tais novos documentos revestirem um valor probatório pelo menos idêntico ou (preferencialmente) superior aos primeiros.

Para além disso, no caso do arquivamento de mérito, considerando a posição expressa no ponto § 5, os *novos documentos* só poderão fundamentar a reabertura do inquérito se através deles for possível demonstrar que os elementos de prova em que se fundamentou a decisão de arquivar estavam viciados. Será esse o caso, *v.g.*, do arquivamento de mérito fundado na inimputabilidade em razão da idade do arguido, comprovada através do seu documento de identificação, vindo mais tarde a apurar-se que esse documento era falso.

86 Consulte-se, sobre esta matéria, o acórdão do STJ de 31 de março de 1982, publicado no *BMJ*, 315, 1982, p. 214: “[...] *se simples pareceres técnicos fossem suficientes para anular os efeitos do caso julgado, estava descoberta a maneira de os réus terem praticamente garantida a revisão das sentenças*”. Na mesma linha pode consultar-se o acórdão do STJ de 4 de novembro de 1993, publicado no *BMJ* 431, 1993, p. 356: “*o referido parecer não pode considerar-se como facto novo, visto que, dada a sua natureza, apenas pode considerar-se como meio de prova, mas, como tal, não passa de mais uma opinião técnica que, muito embora não concorde com as perícias feitas no processo, não pode abalar as decisões proferidas*”.

87 O que a lei, aliás, expressamente reconhece quando, no artigo 391.º-A, n.º 3, do CPP, considera haver “*provas simples e evidentes*” quando a prova é essencialmente documental.

§ 11.6. Provas atípicas e provas proibidas

A designada prova atípica constitui, em grande medida, uma “*distorção ilegítima*”⁸⁸ e particularmente desleal (porque não previsível) do sistema probatório, representando, no dizer de Conde Correia, “*uma nova possibilidade de agressão (porventura injustificada) contra os direitos, liberdades e garantias do arguido*”⁸⁹. Entendemos, por isso, considerando a natureza e os princípios que travejam a figura em análise, que *novos elementos de prova* atípicos não poderão fundamentar a reabertura do inquérito.

Também as provas proibidas, sendo inadmissíveis para todos e quaisquer efeitos (*cf.* artigo 125.º do CPP), não poderão evidentemente fundar a reabertura do inquérito.

§ 11.7. Meios de obtenção da prova

Por “*novos elementos de prova*”, na aceção do artigo 279.º, n.º 1, do CPP, deve entender-se, apenas, meios de prova (previstos no Título II, do Livro II, do CPP) e não meios de obtenção da prova (previstos no Título III, do Livro II, do CPP)⁹⁰.

As razões que o justificam são evidentes: subordinando a reabertura do inquérito à realização, por exemplo, de um exame, de uma revista, de uma busca, de uma apreensão ou de uma escuta telefónica, a ação penal seria retomada com base numa mera expectativa – de resultado naturalmente incerto – de que o substrato dessa produção de prova seria apto a invalidar os fundamentos do despacho de arquivamento, o que equivaleria a esvaziar de sentido a letra e o espírito do regime de reabertura do inquérito.

Na realidade, temos por certo que o artigo 279.º, n.º 1, do CPP exige que a reabertura do inquérito seja determinada com base em prova já existente e no valor concreto que esta apresenta, e não numa prova putativa que poderá, ou não, vir a ser obtida. Neste sentido, deve entender-se que a *novidade* exigida no artigo 279.º, n.º 1, do CPP se reporta preponderantemente ao meio de prova e não ao resultado da sua produção, sendo os “*novos elementos de prova*”, na aceção do artigo 279.º, n.º 1, do CPP, necessariamente um *prius* relativamente à reabertura do inquérito, e não algo que possa ser conhecido (apenas) depois de esta ter sido desencadeada.

88 A expressão é de Medina de Seíça, 2003: 1411.

89 Conde Correia, 2010: 579.

90 Exatamente assim, Conde Correia, 2010: 584, ainda que a propósito do recurso de revisão.

Para além deste aspeto, há ainda a ressaltar que o recurso aos meios de obtenção de prova depende necessariamente de decisão do MP, pelo que, não tendo este determinado a realização de exames, revistas, buscas, apreensões ou escutas telefónicas durante o inquérito que culminou com o arquivamento, não deverá admitir-se que o possa fazer em sede de reabertura do inquérito, excetuando-se os casos em que por essa via é recolhida prova no âmbito de outro processo que, pondo em causa os fundamentos do arquivamento, vem legitimar a reabertura do inquérito arquivado⁹¹.

§ 12. Meios de reação contra a reabertura do inquérito

Caso o MP defira o pedido de reabertura do inquérito com base em prova que não se deva considerar *nova*, nos termos acima propugnados (*cf.* ponto § 9), ou que não revista o necessário valor reforçado, como também se sustentou (*cf.* ponto § 10), poderá o arguido (ou suspeito) afetado pelo inquérito reaberto reclamar hierarquicamente dessa decisão do MP, nos termos do artigo 279.º, n.º 2, do CPP⁹².

Sendo essa reclamação indeferida, não obstante a decisão do superior hierárquico do MP ser insuscetível de sindicância judicial⁹³, o arguido não deixará, ainda assim, de poder pôr em crise os fundamentos da reabertura do inquérito caso seja deduzida contra ele uma acusação, devendo para o efeito requerer a competente abertura da instrução (*cf.* artigo 287.º, n.º 1, alínea *a*), do CPP), contestando, nessa sede, a verificação dos requisitos necessários à reabertura do inquérito que veio a culminar com a pretensão do MP de sujeitá-lo a julgamento⁹⁴.

CONCLUSÕES

As soluções propostas neste trabalho partem de duas premissas fundamentais que, em jeito conclusivo, aqui se perfilam de modo transparente.

A primeira é a de que, num processo penal de matriz acusatória como o que vigora entre nós, o princípio *ne bis in idem* acaba por dirigir-se, não tanto

91 Sobre esta matéria, veja-se a parte final do ponto § 7 deste trabalho.

92 O n.º 2 do artigo 279.º do CPP pressupõe, por conseguinte, que o visado pela (nova) investigação que terá lugar no âmbito do inquérito reaberto seja pessoalmente notificado da decisão do MP no sentido de deferir o pedido de reabertura do inquérito, devendo, assim, considerar-se analogicamente aplicável ao caso vertente o disposto no artigo 113.º, n.º 10, do CPP.

93 É esse o entendimento generalizado da jurisprudência. Veja-se, por todos, o acórdão do TRP de 2 de novembro de 2001, publicado na *Colectânea de Jurisprudência*, XXX, 6, p. 211.

94 No mesmo sentido, *cf.* Souto Moura, 1991b: 114.

(ou apenas) para os tribunais, mas também (ou sobretudo) para o MP. Nessa medida, o *ne bis in idem*, mais do que proibição de duplo julgamento (como é tradicionalmente entendido), implica antes uma proibição de o MP resolver por mais de uma vez, e de forma contraditória, um mesmo conflito penal.

Temos para nós, em consequência, que todas as decisões do MP são caracterizadas por dois efeitos: um de carácter negativo, ou de preclusão, consistente na consumpção dos poderes necessários ao exercício da ação penal; outro de carácter positivo, ou de vinculação, que impõe a responsabilização do MP pelas suas decisões, obrigando-o a conformar-se institucionalmente com elas e a não contradizê-las. Por este prisma, não poderá deixar de reconhecer-se a tendencial definitividade das decisões do MP, incluindo o arquivamento.

A segunda premissa fundamental em que respaldamos o nosso pensamento sobre o objeto deste trabalho é a de que a reabertura do inquérito, colocando potencialmente em causa a *paz jurídica* do cidadão que foi criminalmente perseguido, tem de ser entendida como um mecanismo de natureza excepcional.

Neste sentido, os requisitos desta figura, plasmados no artigo 279.º do CPP, devem ser interpretados de modo restritivo, exigindo-se, designadamente, que os elementos de prova aptos a desencadear a reabertura do inquérito revistam valor reforçado e impondo-se, ademais, a adoção de um conceito de *novidade* da prova que não reconheça idoneidade – para reabrir o inquérito – àqueles elementos probatórios cujo desconhecimento, aquando do arquivamento do inquérito primitivo, seja de alguma forma imputável ao MP, designadamente por negligência ou incompetência deste na condução da investigação.

Da conjugação das duas premissas enunciadas, e dos resultados interpretativos que delas defluem, avulta a ideia, que pode e deve arvorar-se como referencial interpretativo da reabertura do inquérito, de uma verdadeira proibição geral de *repetição* da ação penal, constituindo o regime consagrado no artigo 279.º do CPP, aplicado nos seus (necessariamente) apertados limites, exceção residual a uma tal proibição de carácter genérico.

Creemos ser possível, a esta luz, construir um modelo de decisão das hipóteses de reabertura do inquérito que, responsabilizando o MP pela decisão tomada no final da fase de investigação – e é seguindo o caminho da responsabilização que se prestigia esta magistratura e o exercício da ação penal –, salvaguarda ao máximo, sem com isso corromper a letra ou o espírito da lei, a *paz jurídica* de que todos os cidadãos que foram objeto de perseguição penal devem poder beneficiar depois do arquivamento.

BIBLIOGRAFIA

- ADORNO, Rossano
1999 “Il concetto di ‘prove nuove’ ai fini della revisione”, *Cassazione Penale*, pp. 2606-2612.
- AFONSO, Fernandes
1954 “O caso julgado e os despachos de abstenção de acusar proferidos pelo MP”, *Scientia Iuridica*, Ano 13, 1954, pp. 153-166.
- ALEXANDRE, Isabel
2003 “O Caso Julgado na Jurisprudência Constitucional Portuguesa”, in AA. VV., *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 11-77.
- AMAR, Akhil Reed
1997 “Double Jeopardy Law made simple”, *Yale Law Journal*, 106, pp. 1807-1848.
- ARENAZA, Segrelles de
1994 “Sobreseimiento provisional, reapertura del proceso y derechos fundamentales”, *Cuadernos de política criminal*, N.º 54, pp. 1053-1075.
- BARREIROS, José António
1981 *Processo Penal*, Coimbra: Almedina.
- BARROSO, Ivo Miguel
2003 *Estudos sobre o Objecto do Processo Penal*, Lisboa: Visus Editores.
- BETTIOL, Giuseppe
1936 “Presunzioni e onere della prova nel processo penale”, *Rivista Italian di Diritto e Procedura Penale*, Ano 8, N.º 3, pp. 241-253.
- CANARIS, Claus-Wilhelm
2002 *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito* (tradução de António Menezes Cordeiro), 3.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- CANOTILHO, J. J. Gomes & VITAL MOREIRA
2007 *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I (Artigos 1.º a 107.º), Coimbra: Coimbra Editora.
- CARBONE, Amato
2007 “Efficacia preclusiva del provvedimento di archiviazione ed ordine di imputazione coatta del GIP”, *Archivio della nuova procedura penale*, Piacenza, Ano 18, N.º 4, pp. 499-505.
- CASTANHEIRA NEVES, António
1968 *Sumários de processo penal*, policopiado, Coimbra.

CASTRO e SOUSA, João

1985 *A Tramitação do Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora.

CAVALEIRO de FERREIRA, Manuel

1965 “Revisão Penal (Artigo 678.º, n.º 4, do Código de Processo Penal)”, *Scientia Iuridica*, pp. 520-526.

1986 *Curso de Processo Penal*, Vol. II, Lisboa: Editora Danúbio.

COLOMER, Juan-Luis Gomez

1985 *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Barcelona: Bosch, pp. 71-79.

CONDE CORREIA, João

2010 *O “Mito do Caso Julgado” e a Revisão* Propter Nova, Lisboa: Coimbra Editora.

2007 *Questões Práticas Relativas ao Arquivamento e à Acusação e à sua Impugnação*, Porto: Universidade Católica Editora.

CORREIA, Eduardo

1951 “Para quem devem ser ‘novos’ os factos ou elementos de prova que fundamentam a revisão das decisões penais?”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Ano VI, pp. 381-410.

1966-67 “Despacho de arquivamento do processo e caso julgado”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 99, p. 33-36, pp. 49-52 e pp. 65-68.

1983 *A teoria do concurso em Direito criminal; I Unidade e pluralidade de infracções; II Caso julgado e poderes de cognição do Juiz*, Coimbra: Almedina.

COSTA RAMOS, Vânia

2009 *Ne bis in idem e União Europeia*, Coimbra: Coimbra Editora.

DÁ MESQUITA, Paulo

2003 *Direcção do inquérito penal e garantia judiciária*, Coimbra: Coimbra Editora.

2011 *A Prova do Crime e o Que se Disse Antes do Julgamento. Estudo sobre a Prova no Processo Penal Português à Luz do Sistema Norte Americano*, Coimbra: Coimbra Editora.

DAMIÃO DA CUNHA, José Manuel

2002 *O Caso Julgado Parcial. Questão da Culpabilidade e Questão da Sanção num Processo de Estrutura Acusatória*, Porto: Universidade Católica Editora.

2009 “*Ne bis in idem* e exercício da acção penal”, in AA. VV., *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Almedina, pp. 553-581.

DANTAS, António Leones

1995 “Definição e evolução do objecto do processo no processo penal”, *Revista do Ministério Público*, 63, pp. 89-107.

- 1997 “Os Factos como Matriz do Objecto do Processo”, *Revista do Ministério Público*, Ano 70, 1997, pp. 111-124.
- FARIA COSTA, José de
- 1980 “A Caução de Bem Viver: um subsídio para o estudo da evolução da prevenção criminal”, separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XXI.
- 1998 “A responsabilidade jurídico-penal das empresas e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade, nas pessoas colectivas, à luz do Direito Penal)”, in AA. VV., *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I (Problemas Gerais), 1998, pp. 501-517.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de
- 1974 *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora.
- 1982 “Ónus de alegar e de provar em processo penal?”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 105, pp. 125-143.
- 1996 “Do princípio da ‘objectividade’ ao princípio da ‘lealdade’ do comportamento do ministério público no processo penal”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 128, pp. 344-352.
- FERREIRA, Marques
- 1991a “Meios de prova”, in AA. VV., *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra: Almedina, pp. 221-270.
- 1991b “Da alteração dos factos objecto do processo penal”, Ano 1, N.º 2, *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, pp. 221-239.
- GIOSTRA, Glauco
- 1994 *L’Archiviozione*, Torino: G. Giappichelli Editore.
- ISASCA, Frederico
- 1995 *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância no Processo Penal Português*, Coimbra: Almedina.
- LOBO MOUTINHO, José
- 2000 *Arguido e Imputado no Processo Penal Português*, Lisboa: Universidade Católica Editora.
- 2005 *Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal português*, Lisboa: Publicações Universidade Católica.
- LUCA, Giuseppe de
- 1963 *I Limiti Soggettivi della Cosa Giudicata Penale*, Milano: Giuffré.
- MAIA GONÇALVES, Manuel Lopes
- 2009 *Código de Processo Penal Anotado e Legislação Complementar*, 17.^a ed., Coimbra: Almedina.

MARQUES DA SILVA, Germano

2000 *Curso de Processo Penal*, III, Lisboa: Verbo.

2011 *Curso de Processo Penal*, II, 5.^a ed., Lisboa: Verbo.

MAXIMIANO, António Henrique Rodrigues

1981a “A Constituição e o Processo Penal – Competência e estudo do Ministério Público, do Juiz de Instrução Criminal e do Julgador – A decisão sobre o destino dos autos e os artigos 346.º e 351.º do Código de Processo Penal”, *Revista do Ministério Público*, Ano 2, vol. 5.º, pp. 103-157.

1981b “A Constituição e o Processo Penal – Competência e estudo do Ministério Público, do Juiz de Instrução Criminal e do Julgador – A decisão sobre o destino dos autos e os artigos 346.º e 351.º do Código de Processo Penal”, *Revista do Ministério Público*, Ano 2, vol. 6.º, pp. 91-130.

MEDINA DE SEIÇA, Alberto

2003 “Legalidade da prova e reconhecimentos ‘atípicos’ em processo penal: notas à margem de jurisprudência (quase) constante”, in AA. VV., *Liber Disciplinorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 1387-1421.

2010 “A aplicação do *ne bis in idem* na União Europeia (Aspectos de um processo ainda não transitado)”, in AA. VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 935-1004.

MOREIRA DOS SANTOS, Gil

2003 *O Direito Processual Penal*, Porto: Edições ASA.

PADULA, Luciano

1995 “La riapertura delle indagini nel nuovo Codice di Procedura Penale”, *Archivio delle nuova procedura penale*, Piacenza, Ano 6, N.º 1, pp. 9-10.

2005 *L'Archiviazione*, Milano: Giuffrè.

PIMENTA, José da Costa

1991 *Código de Processo Penal Anotado*, 2.^a ed., Lisboa: Rei dos Livros.

PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo

2011 *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a ed., Lisboa: Universidade Católica Editora.

REIS, Célia

1990 “Os efeitos do arquivamento em caso de dispensa de pena”, in AA. VV., *Questões Avulsas de Processo Penal*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 61-70.

RODRIGUES, Anabela Miranda

1991 “O Inquérito no Novo Código de Processo Penal”, in AA. VV., *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra: Almedina, pp. 59-79.

SANTANA, Cecília Maria C. Lages Azevedo

1990 *Dos Limites à Revisão Penal*, policopiado, Lisboa: Universidade Católica Editora.

SIMAS SANTOS, Manuel & LEAL HENRIQUES, Manuel

2008 *Código de Processo Penal Anotado*, Volume I, Lisboa: Rei dos Livros.

SCARPELLO, Cosimo

2002 *L'archiviazione*, Milano: Cedam.

SCHMIDT, Eberhard

1957 *Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal* (tradução de José Manuel Nuñez), Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.

SOUSA MENDES, Paulo de

2000 “O Processo Penal em Acção: Hipótese e Modelo de Resolução”, in AA. VV., *Questões Avulsas de Processo Penal*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 85-126.

2004 “As Proibições de Prova no Processo Penal”, in AA. VV., *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (coordenação de Maria Fernanda Palma), Coimbra: Almedina, pp. 133-154.

SOUTO DE MOURA, José

1991a “Notas sobre o Objecto do Processo”, *Revista do Ministério Público*, Ano 48, pp. 41-73.

1991b “Inquérito e Instrução”, in AA. VV., *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra: Almedina, pp. 81-145.

TEDESCHI, Alfonso

2000 “In tema di riapertura delle indagini a seguito di archiviazione”, *La giustizia penale*, Roma, Ano 105, N.º 4, Parte III, pp. 253-254.

TENREIRO, Mário

1987 “Considerações sobre o objecto do processo penal”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 47, pp. 997-1044.

VANNI, Roberto

1989 “Revisione del giudicato penale”, in AA. VV., *Enciclopédia del Diritto*, XL, Milano: Giuffrè, pp. 169-209.

VARELA, Antunes, BEZERRA, J. Miguel & NORA, Sampaio e

2006 *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed. (reimp.), Coimbra: Coimbra Editora.

VARONE, Fabio

2005 “Brevi riflessioni in tema di archiviazione della notizia criminis e abnormità dell’atto processuale penale”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Ano 48, N.º 4, pp. 1637-1669.

VESSICHELLI, Maria

1992 “Le ‘nuove prove’ nella revisione”, *Cassazione Penale*, pp. 1061-1066.